

Derecho civil. Derechos inmobiliario y registral.

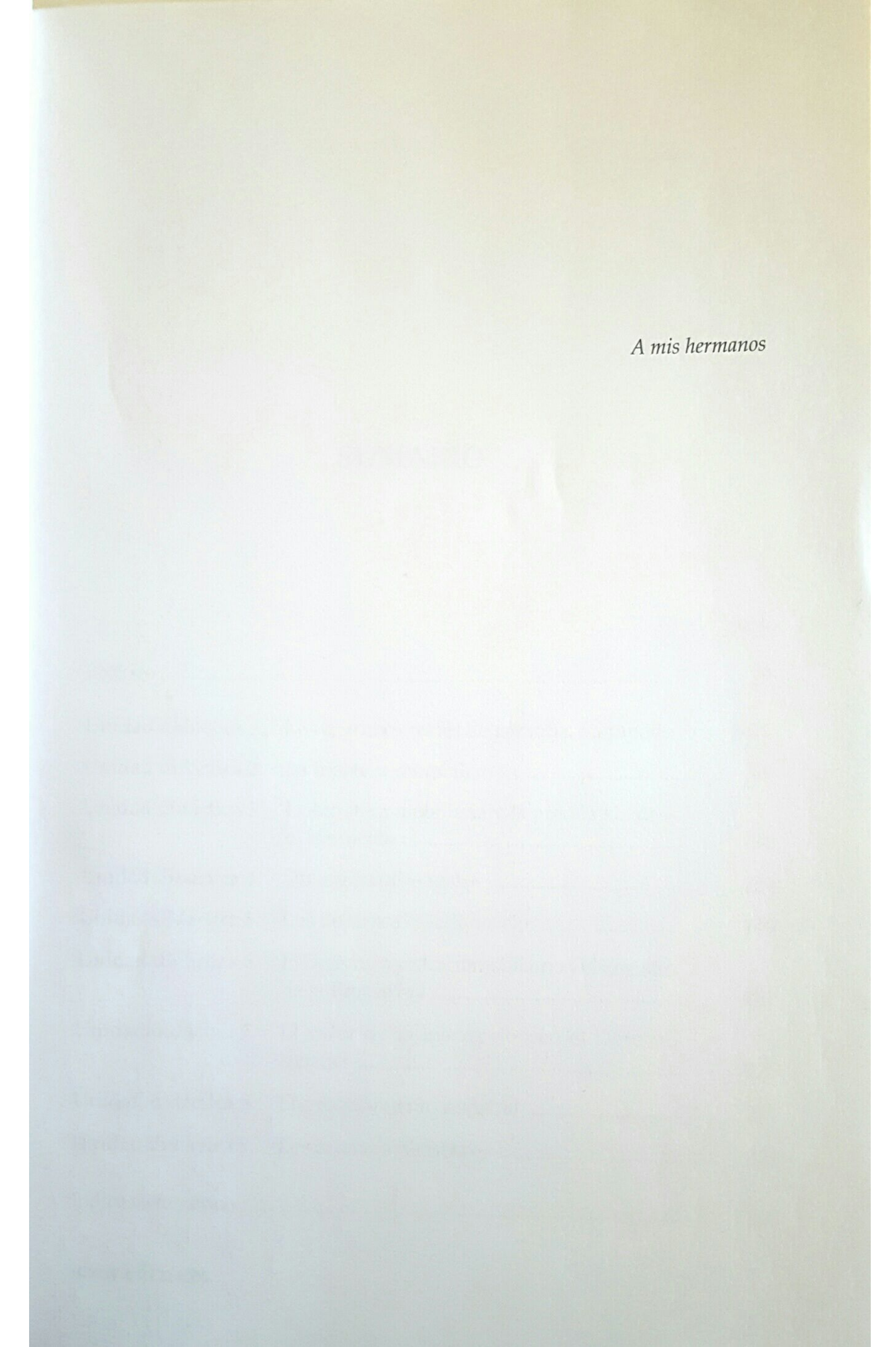
Gabriel de Reina Tartière



Esta obra es fruto del análisis y de los estudios, estrictamente personales, del autor.

Los comentarios que se efectúan a lo largo de este libro constituyen la opinión personal del autor. El autor no aceptará responsabilidades por las eventualidades en que puedan incurrir las personas o entidades que actúen o dejen de actuar como consecuencia de las opiniones, interpretaciones e informaciones contenidas en este libro.

© Edita: CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS
Imprime: COYVE, S.A.
I.S.B.N.: 978-84-454-2682-1
Depósito Legal: M. 1.185.2014



A mis hermanos

PRÓLOGO

Este libro supone la continuación, para el segundo semestre, del anterior *Derecho civil. Derechos reales*, por el que estudian los alumnos de tercer curso del Grado en Derecho de la Udima. Siguiendo un mismo sistema, de contenido netamente práctico, se completan en sus páginas el estudio de los derechos reales y los efectos de la inscripción registral, pues no caben mayores dudas de que el Derecho registral inmobiliario, al menos por el desarrollo de este, goza de autonomía.

En la primera parte de la obra se analizan las distintas garantías reales sin exclusión de ninguna que se conozca o imponga en la realidad: la hipoteca (con sus actuales avatares), la prenda, la anticresis, como modalidades de garantía codificadas, pero también la reserva de dominio o hasta la venta en la garantía, el negocio fiduciario. Todas ellas están signadas por unos principios comunes, que por tales se explicitan en la Unidad 1.

En el ecuador del libro, en la Unidad 5, se introduce al alumno en los derechos de adquisición, de naturaleza cuestionada y cuestionable, pero que el legislador ha sabido conservar y adaptar a los tiempos. Son los derechos de tanteo, retracto y opción.

Finalmente, en la tercera parte del manual y a partir, por ser justamente más necesario, de mayores ejemplos, se incluyen las Unidades 6 a 9 dedicadas al Derecho registral inmobiliario, comenzando por explicar sus fines y principios. Solo entonces comprenderá el alumno nuestro sistema de traslación y constitución de derechos reales.



Que entienda la necesidad de la cognoscibilidad legal en su vertiente patrimonial es el gran objetivo. Las consecuencias de la inscripción, el procedimiento registral, las diferentes clases de asientos son los aspectos con los que termina el libro, siempre en pos de su utilidad.

Madrid, enero de 2014

Gabriel de Reina Tartière

SUMARIO

PÁGINA

Prólogo 9

Unidad didáctica 1. Los derechos reales de garantía. La prenda 11

Unidad didáctica 2. La hipoteca inmobiliaria 49

Unidad didáctica 3. La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento 91

Unidad didáctica 4. Otras garantías reales 129

Unidad didáctica 5. Los derechos de adquisición 149

Unidad didáctica 6. El Derecho registral inmobiliario y el Registro de la Propiedad 181

Unidad didáctica 7. El valor de la inscripción en el Derecho español 225

Unidad didáctica 8. El procedimiento registral 271

Unidad didáctica 9. Los asientos registrales 321

Índice sistemático 363

UNIDAD DIDÁCTICA

1 LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA. LA PRENDA

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Las garantías reales: panorama
   - 1.1. Clases
     - 1.1.1. Las garantías reales típicas: los derechos reales de garantía
     - 1.1.2. Las garantías reales atípicas
       - 1.1.2.1. La venta en garantía
       - 1.1.2.2. El derecho de opción utilizado con fines de garantía
       - 1.1.2.3. El derecho de retención
   - 1.2. Disposiciones comunes
2. La prenda ordinaria, manual o posesoria
   - 2.1. Concepto
   - 2.2. Caracteres
   - 2.3. Elementos
     - 2.3.1. Elementos personales
     - 2.3.2. Elementos reales
     - 2.3.3. Elementos formales
   - 2.4. Contenido
     - 2.4.1. Derechos del acreedor pignoraticio
       - 2.4.1.1. Derecho a retener la cosa



2.4.1.2. Derecho al reembolso de gastos
2.4.1.3. Derecho a percibir los intereses (frutos) que produzca la prenda
2.4.1.4. Derecho de ejercitar acciones para reclamar o defender la cosa
2.4.1.5. Derecho a vender la cosa pignorada
2.4.1.6. Derecho de preferencia (privilegio)

2.4.2. Obligaciones del acreedor

2.4.2.1. Obligaciones concernientes a la conservación de la cosa
2.4.2.2. Obligaciones en orden a la restitución de la cosa

2.4.3. Derechos y obligaciones del dueño de la cosa pignorada

2.5. Extinción de la prenda
2.6. La prenda de créditos
2.7. La llamada prenda irregular

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

En esta Unidad didáctica se aborda el contexto general de las garantías reales más allá de las específicamente contempladas a nivel legislativo. Se hace especial hincapié, así, en las garantías reales atípicas en su tratamiento conjunto con la disciplina común que contiene el Código al introducir la hipoteca y la prenda como modelos básicos. La importancia del tema es innegable por su impronta práctica, pero también por fijar los principios generales aplicables en la materia.

La segunda parte de la Unidad se dedica a desarrollar específicamente el régimen de la prenda ordinaria, la clásica figura de garantía construida en torno al desplazamiento posesorio de la cosa que se pone en garantía.



1. LAS GARANTÍAS REALES: PANORAMA

Por **garantía** se entiende, según señalan Díez-Picazo y Gullón, toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades. Estos medios de garantía pueden adoptar fundamentalmente tres modalidades diferentes:

- Se agrega un pacto especial a la obligación, sin la intervención de ningún tercero y sin señalamiento de bienes en concreto por parte del deudor que garanticen de manera directa la falta de cumplimiento, por el que el sujeto pasivo de la relación jurídica queda obligado a cumplir una prestación más gravosa que la inicialmente convenida. Es el caso de la cláusula penal, según la cual el deudor debe soportar una sanción determinada en caso de producirse el incumplimiento de la primitiva obligación.
- Se incorpora a la relación jurídica principal otra relación personal subordinada, obligándose un tercero a cumplir o responder en el caso de que el deudor principal no lo haga. Estamos ante el contrato de fianza, mediante el cual una persona ajena cubre el eventual incumplimiento del deudor, obligándose a pagar subsidiariamente cuando este evento se produzca, aunque su responsabilidad sea de tipo puramente personal.
- Se sujeta un bien en aseguramiento del cumplimiento de la deuda. Es el caso de las garantías reales propiamente dichas, las cuales recaen sobre cosas determinadas y se proyectan, por su cognoscibilidad, *erga omnes.* Se los llama también derechos de realización de valor, por cuanto facultan a su titular a cobrarse mediante el valor que se obtenga como consecuencia de la ejecución o venta del derecho, normalmente de propiedad, gravado.

El Código Civil (CC) se ocupa de las garantías reales en el Título XV del Libro IV, o sea, en sede de obligaciones y contratos, sin duda atendiendo al aspecto contractual que aparece dominante en el origen de los mismos; mas no por ello desconoce su carácter de derechos reales, que aparece con claridad en algunos artículos, especialmente el 1.858, para la prenda y la hipoteca, y el 1.884, para la anticresis.

1.1. CLASES

Las garantías reales suelen clasificarse en típicas y atípicas o innominadas.

1.1.1. Las garantías reales típicas: los derechos reales de garantía

Las garantías reales típicas son los derechos reales limitados contemplados con función de garantía en la legislación. Son aquellos derechos reales que, para asegurar el cumplimiento de una obligación, otorgan a su titular un poder sobre la cosa que le permite, si se incumple la obligación, proceder a realizar en su valor el derecho de propiedad o aquel otro de que se trate.

Son exactamente los siguientes:

- El derecho real de prenda constituido en todo caso sobre bienes muebles, distinguiéndose entre:
  - La prenda con desplazamiento de la posesión, que requiere que se ponga en posesión de la cosa sobre la que recae al acreedor o a un tercero de común acuerdo (art. 1.863 del CC).
  - La prenda sin desplazamiento de posesión, tal y como se recoge en la Ley de 16 de diciembre de 1954, exigiendo únicamente que el dueño de los bienes los conserve y los tenga a disposición del acreedor. Únicamente pueden ser objeto de este tipo de prenda determinados bienes de naturaleza mobiliaria.
- El derecho real de hipoteca, que a su vez se divide en:
  - La hipoteca inmobiliaria, que recae sobre los bienes inmuebles o los derechos reales enajenables impuestos sobre bienes de esa misma clase (art. 1.874 del CC).
  - La hipoteca mobiliaria, nacida al amparo de la Ley de 16 de diciembre de 1954, la cual puede recaer sobre bienes muebles especiales, caracterizados, en general, por ser susceptibles de una identificación concreta.
- El derecho real de anticresis, que se constituye sobre bienes inmuebles al objeto de imputar los frutos que vayan dando al directo pago de intereses, primero, y, luego, capital.



- La reserva de dominio que como pacto accesorio se incluye en los contratos de compraventa o financiación para la adquisición de bienes muebles, y de conformidad con la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM).

Concebidos de tal modo, los derechos reales de garantía consagrados en la legislación pueden clasificarse según múltiples variantes. En el cuadro que se adjunta a continuación se exponen las principales. En él se analizan a partir de los cinco elementos siguientes: el objeto sobre el que son susceptibles, si su régimen implica la traslación de la posesión a manos del acreedor, la forma requerida para su constitución, si corresponde, y a quién, el uso de la cosa durante la vigencia de la garantía, y, finalmente, el medio por el cual se publicitan.

	Objeto	**Traslación posesoria**	**Forma**	**Uso de la cosa gravada**	**Publicidad**
Prenda	Muebles o semovientes	Sí	No solemne (sin perjuicio del art. 1.865 del CC)	Para nadie, salvo por excepción (*cfr.* art. 1.870 del CC)	Posesoria
Hipoteca	Inmuebles	No	Solemne	Para el constituyente	Registral
Anticresis	Inmuebles	Sí	No solemne	Para el acreedor	Posesoria y registral
Hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento	Muebles, semovientes, establecimiento mercantil, propiedad intelectual	No	Solemne	Para el constituyente	Registral
Reserva de dominio	Muebles, pero solo aquellos que se adquieren en el mismo acto en que se conviene la garantía	No	No solemne, aunque debe suscribirse en los modelos oficialmente aprobados para su inscripción	Para el deudor, quien adquiere la propiedad por virtud del mismo acto en que se constituye la garantía	Registral

Precisiones

Así, la prenda gravaría bienes muebles o semovientes, los cuales se entregarían sin mayor solemnidad al acreedor, quien, por regla general, no podría usar ni disfrutar de los mismos, aunque fuera a través de la posesión como se exteriorizara su derecho.

1.1.2. Las garantías reales atípicas

1.1.2.1. La venta en garantía

Según esta modalidad de garantía, muy tradicional en nuestro entorno jurídico, bajo la apariencia de una venta, el deudor transmite al acreedor una cosa para que este se la devuelva cuando aquel pague la deuda.

Sobre la venta en garantía, procede apuntar su recurrente incidencia para eludir los límites y prohibiciones de las garantías reales típicas, figurando en nuestros repertorios como término, hasta autóctono, alusivo a la *fiducia cum creditore.* Encubriendo bajo una compraventa lo que no es otra cosa que una anticipada apropiación, agregándose un pacto de retro para que el deudor que cumpla pueda readquirir la propiedad desviada, la garantía suele construirse indirecta, simuladamente.

EJEMPLO 1

Necesitado de liquidez, Carlos solicita ayuda de un empresario conocido que, entre otras actividades más o menos lícitas, se dedica al préstamo de dinero. El empresario le prestará la cantidad de 100.000 euros contra la propiedad de la casa en la que vive Carlos. Al día siguiente acuden al notario, ante el cual Carlos le transmite al empresario la propiedad de la casa por el «precio» de 100.000 euros, insertándose una cláusula en el título por la cual Carlos podrá readquirir el bien si en el plazo de un año logra devolver el precio recibido más un 15 % a título de intereses. Durante ese tiempo, sin que nada diga el contrato, Carlos continuará viviendo en su casa como si no la hubiera transmitido.



Especificando un poco más, Vidal Martínez construye el concepto de la venta en garantía a partir de los tres elementos comunes conforme a los que se observa en la práctica:

- En primer lugar, la venta de un inmueble al acreedor, pública y manifiestamente, ya que se pretende que surta efectos *erga omnes*.
- A ella se suma un derecho de readquisición, futuro o actual, que se conviene a favor del deudor y que se hace depender del reintegro de la cantidad recibida en su día como «precio de venta», más, en su caso, un tanto por ciento en concepto de gastos e intereses.
- La retención del uso y disfrute de la cosa por el deudor, se presente o no como arrendamiento.

1.1.2.2. El derecho de opción utilizado con fines de garantía

Por el contrato o pacto de opción se concede por quien es titular de un derecho la facultad de adquirirlo por el precio y en el plazo que se señalan. La opción prepara una futura adquisición, evento que queda al arbitrio del beneficiario (optante) y de que, desde luego, se respeten los extremos acordados.

Así las cosas, la opción puede convenirse en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el concedente o un tercero. Por esta vía, el deudor otorga al acreedor un derecho de opción cuyo ejercicio se pacta suspensivamente condicionado al incumplimiento y sin que al efecto el acreedor deba desembolsar el precio estipulado, el cual se reputará en el futuro ya recibido o se prevé pueda compensarse directamente con el importe del crédito principal. Por la operatoria se busca, en consecuencia, una interesada conexión entre el precio para el ejercicio de la opción con las obligaciones garantizadas, con miras a «que el optante acreedor pueda adquirir el bien, sin desembolsar precio alguno. El precio de la compraventa se determina mediante el descuento de las cantidades ya satisfechas en las deudas, o por vía de compensación, y se aplica al pago de las obligaciones subsistentes» (Sanciñena).

EJEMPLO 2

Es el caso de la urbanizadora que concedió a una caja municipal de ahorros un derecho de opción de compra sobre determinadas fincas de su propiedad por tiempo de cuatro años y precio de 500.000 euros, que habría de pagarse de una vez y simultáneamente al

.../...

.../...

otorgamiento de la escritura de compraventa. En el contrato de opción se hizo constar la estipulación de facultar al optante para, compensatoriamente, aplicar el precio dicho al pago de los créditos que, por cualquier concepto, el propio optante tuviese contra la concedente, extinguiéndose así hasta la cantidad concurrente; con la particularidad de que al día siguiente, por la misma urbanizadora, de una parte, y de otra, una segunda entidad financiera, el Banco Industrial de la provincia, se suscribió una póliza de crédito en cuenta corriente con límite justamente de 500.000 euros, póliza que se garantizó por la caja de ahorros como fiador solidario.

Como la urbanizadora incumplió con sus obligaciones con respecto al Banco Industrial, la caja de ahorros debió abonar a este más de 500.000 euros, al computarse en esta cantidad los correspondientes intereses por el capital dispuesto contra la póliza por la urbanizadora. A continuación, la caja procedió a reintegrarse de lo abonado ejercitando el derecho de opción que tenía concedido por el deudor principal, la urbanizadora, otorgando esta la correspondiente escritura pública de venta, en la que se haría constar que la adquirente había satisfecho el precio con anterioridad por razón del pago realizado como fiadora al Banco Industrial (STS de 10 de octubre de 1990, ref. la Ley 13319-R/1991).

Explicada de tal forma, ello no obsta, supuesto sobre el que también se han despachado incesantemente nuestros tribunales, a que la opción pueda emplearse con un propósito fiduciario, mejor dicho, en el marco de un negocio fiduciario, invirtiéndose entonces los roles. La opción se concederá al deudor-garante supeditándose en su ejercicio al íntegro pago de lo adeudado, momento en que el acreedor deberá retransmitirle la propiedad a la constitución de la operación entregada.

EJEMPLO 3

Veamos este caso convalidado también por el Supremo:

1.º El señor R. A. prestó al señor N. G. la cantidad de 5.000.000 de pesetas, que este debería devolver en la forma pactada, pero que en modo alguno fue devuelta. Esta operación la realizó el señor R. A. con el deseo de ayudar al señor N. G., al que le unía bastante amistad.

2.º Ante la situación de agobio económico que recaía sobre el señor N. G., quien veía perdido su patrimonio a consecuencia de los embargos trabados sobre sus fincas, se dirige al señor R. A. en solicitud de apoyo económico a fin de resolver el problema, quien le brinda nuevamente su ayuda, sopesando que él tampoco percibiría el dinero prestado.

.../...



.../...

3.º Así planteadas las cosas, y con objeto de liberar las fincas embargadas y que no fuesen perdidas por su propietario, el señor R. A. satisface todas las deudas que tenía el señor N. G. y levanta los embargos, en concreto entrega 5.500.000 pesetas al Banco Urquijo Unión, SA, 1.008.000 pesetas al Banco Hispano Americano y 2.250.000 pesetas al Banco Santander.

4.º Una vez satisfechas las deudas del señor N. G. y cancelados los embargos, este vende al señor R. A. las fincas propiedad de aquel, por un precio de 900.000 pesetas. Sin embargo, el señor R. A. permite al señor N. G. que continúe explotando las fincas y que habite en las mismas.

5.º Finalmente, y en documento privado de idéntica fecha al anterior, el señor R. A. concede al señor N. G. un derecho de opción de compra sobre aquellas fincas si antes del día 30 de mayo de 1986 le hace entrega de 18.280.000 pesetas, cantidad a que asciende lo pagado a las entidades crediticias junto a la suma de 5.000.000 de pesetas prestadas, a lo que se une 1.522.000 pesetas en concepto de gastos de la operación de compraventa y otras entregas en efectivo realizadas al vendedor. Dicho documento se formaliza en razón a la amistad existente entre ambos, y para facilitar la recuperación de las fincas le permite que explote las mismas (STS de 22 de enero de 1998, ref. la Ley 2935/1998).

1.1.2.3. El derecho de retención

El derecho de retención no se encuentra sistemáticamente regulado en el Derecho común, por más que como facultad se desliza en varios de sus pasajes y con respecto a distintas instituciones [*cfr.* arts. 453, 522, 1.600, 1.730, 1.780 y 1.866 del CC; 276, 704, 842 y 868 del Código de Comercio (CCo)]. Su particularidad en el régimen de garantías reales se basa en que no se constituye, por su propia esencia, a título voluntario; precisamente por la razón de equidad en la que se funda, en cuya virtud no se juzga procedente que se reclame por una cosa sin antes corresponder con los gastos o mejoras que sobre ella se hayan realizado, la garantía opera por ley, a sola voluntad del acreedor y sin que se requiera de pacto alguno. Únicamente se exige que el crédito haya tenido por objeto o se haya contraído en atención a la cosa.

EJEMPLO 4

Quien deja su coche para que se lo arreglen no podrá retirarlo del taller mecánico sin antes abonar lo que debe o convenir de qué modo hacerlo con la persona encargada o responsable del taller, que, en otro caso, podrá legítimamente negarse a que lo retire, ejerciendo así el «derecho de retención» que le confiere el artículo 1.600 del Código Civil.

1.2. DISPOSICIONES COMUNES

Generalizando la normativa que contiene el Código para la hipoteca y la prenda, resultan requisitos esenciales de las garantías reales:

- Que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (principio de accesoriedad).
- Que la cosa pertenezca en propiedad al que la pone en garantía.
- Que las personas que las constituyan tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta gravando sus propios bienes (art. 1.857). En este supuesto se habla de tercero constituyente o constituyente no deudor (en caso de prenda o hipoteca, de pignorante o hipotecante no deudor, más específicamente).

Es también de la esencia de estos contratos (sigue diciendo el Código en referencia a los de hipoteca y prenda) que, vencida la obligación principal y no satisfecha esta, puedan ser enajenadas las cosas puestas en garantía para pagar al acreedor (art. 1.858), debiéndose entregar el sobrante, si resultare, al propietario que como consecuencia de la realización de la garantía o ejecución forzosa (del dominio) del bien habría dejado de serlo.

En todo caso, el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca ante el mero incumplimiento (art. 1.859 del CC); no tiene derecho a adquirir su propiedad automáticamente por este solo hecho. En ello consiste la prohibición del pacto comisorio en materia de garantías, regla que, por su fundamento, se debe considerar aplicable a cualquier garantía real, sea típica o atípica. Lo que el legislador limita con la prohibición es que el acreedor salga beneficiado por más de lo que se le debe, teniendo en cuenta que el bien dado en garantía, salvo hipótesis de laboratorio, suele exceder en su valor del montante global al que asciende el crédito garantido.

Precisiones

Ninguna garantía real habilita a que el acreedor se quede con la cosa directamente, sin mayores trámites ni valoraciones, por el simple incumplimiento. Es, como decimos, la prohibición del pacto comisorio.

.../...



.../...

En el Código Civil, la prohibición se contempla con un carácter genérico en el artículo 1.859, en cuanto disposición común para la prenda y la hipoteca, aunque por su sentido tuitivo, según se expone, resulta perfectamente aplicable a la anticresis, y junto a ella, se reitera, a cualquier otra garantía real. En cualquier caso, la prohibición no juega con un alcance absoluto, aceptándose convenios del tenor, con tal de que el fundamento que la preside quede resguardado: es posible así que se pacte la venta extrajudicial del bien, o su directa apropiación, con tal de que se garantice que se hará por su precio de mercado.

Cuando la propiedad se pone en garantía (como en la venta en garantía), el incumplimiento, pues, consolidaría el dominio adquirido por el acreedor, sometido en un principio a la facultad de readquisición del deudor si cumpliera. Pero el acreedor, por imperio de la referida prohibición, no podría quedarse con el bien si no es por su justiprecio, aspecto este que, de no haber sido previsto en el título, supondrá un elemento de indudable valoración sobre la ilicitud de la fórmula.

Las garantías reales son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. No podrá, por tanto, establece el artículo 1.860 del Código Civil, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo. Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos. Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada de crédito. El deudor, en este caso, tendrá derecho a que se extingan la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.

Asimismo, las garantías reales pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, condicionales, eventuales o futuras (ex art. 1.861 del CC).

2. LA PRENDA ORDINARIA, MANUAL O POSESORIA

2.1. CONCEPTO

La **prenda**, en su sentido clásico, esto es, la prenda manual, ordinaria o posesoria, es una forma de garantía real, que se distingue por el desplazamiento de

la posesión que debe realizarse de la cosa. Esta pasa a poder del acreedor, quien tiene el derecho de proceder a su venta si la obligación principal no fuere cumplida.

Pudiera parecer que el requisito del desplazamiento posesorio no es esencial, en cuanto la moderna legislación prevé las mencionadas figuras de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento; pero lo sigue siendo, ya que ambas modalidades constituyen sendos tipos absolutamente independientes de la fórmula pignoraticia clásica u ordinaria, sustituyendo la tradición posesoria por la debida inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Específicamente, la prenda sin desplazamiento es prenda porque recae, como la manual, sobre muebles, pero en su estatuto y régimen varía por completo.

En su acepción de derecho real y con referencia a la modalidad ordinaria o normal a que acabamos de aludir, es definida la prenda por Puig Peña como «aquel derecho real sobre cosa mueble establecido en garantía de una obligación, por cuya virtud se entrega aquella al acreedor o a un tercero, de común acuerdo, con el fin de que quede en su posesión hasta el completo pago del crédito y pueda procederse en caso de incumplimiento a instar la venta de la cosa empeñada, satisfaciendo entonces con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantizada».

Dicho ello, la prenda conjuga el desplazamiento posesorio con la normal abstención del acreedor en relación con el uso o aprovechamiento de la cosa, de lo cual se deriva un dato de suma relevancia: la prenda sería el único derecho real donde con la tradición se perseguiría un propósito primordialmente negativo, de control patrimonial, consistente en evitar que el pignorante disponga libremente del bien (escasísimas veces inferior en su valor al monto del crédito) en tanto el crédito no se torne exigible.

2.2. CARACTERES

El derecho de prenda es un derecho real, porque recae sobre una cosa específica y determinada, llevando consigo la facultad de instar su venta y acción real valedera *erga omnes*; accesorio, mobiliario e indivisible, en el doble sentido de que garantiza toda la deuda y cada una de sus partes y afecta íntegra y totalmente a las cosas ofrecidas en garantía.



2.3. ELEMENTOS

2.3.1. Elementos personales

Son elementos personales del derecho de prenda, de una parte, el titular del mismo, que es el acreedor en garantía de cuyo derecho de crédito se establece la prenda (acreedor pignoraticio), y, de otra, el deudor o un tercero, que grava su cosa con prenda para asegurar la efectividad de ese crédito (constituyente de la prenda). El Código, en efecto, autoriza que puedan constituir prenda para asegurar una obligación los mismos obligados o terceras personas extrañas a la obligación principal (art. 1.857, último párr.).

2.3.2. Elementos reales

Son elementos reales del derecho de prenda la cosa que se pignora y la obligación que con la prenda se asegura:

- Obligaciones que pueden ser garantizadas con prenda. Rige también en este punto la doctrina general del artículo 1.861 (toda clase de obligaciones).
- Cosas que pueden ser dadas en prenda. El Código Civil exige, para que las cosas puedan darse en prenda, estas tres condiciones: que sean muebles, que estén en el comercio y que sean susceptibles de posesión (art. 1.864).

No hay obstáculo en que se entreguen en garantía dinero o cosas fungibles. También son susceptibles de prenda los derechos de crédito, aunque en los muy específicos términos que veremos después.

2.3.3. Elementos formales

Con respecto a los elementos formales para la constitución de la garantía prendaria, hemos de distinguir entre la entrega de la cosa, requisito de alcance constitutivo, y la forma precisa para que surta efectos frente a terceros.

- **Entrega de la cosa.** Exige el Código, «para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de esta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo» (art. 1.863).

Precisiones

Siendo elemental para la prenda que la cosa se entregue, en todo caso no es imprescindible, por tanto, que la reciba personalmente el acreedor. Desde el principio de la relación, podrán las partes convenir que un tercero la custodie, resultando en el caso imperioso, por la razón arriba apuntada en cuanto a la función que cumple la garantía, que el deudor no pueda retirar la cosa a su arbitrio, que se guarde en el interés prevalente del acreedor, vinculándose la restitución por el tercero a que se le acredite la extinción, por cualquier causa, del crédito sobre el cual se le haya advertido.

Idéntica solución procederá si la prenda se pretende constituir cuando un tercero ya se encuentre detentando la cosa en ese momento, por un título inicial y exclusivamente acordado con el pignorante.

- **Formalidades precisas para que el contrato produzca efectos contra terceros.** En principio, para el contrato de prenda existe libertad de forma. Mas, para que surta efecto contra tercero, es preciso que conste por instrumento público la certeza de la fecha (art. 1.865).

Precisiones

Al exigir, como requisito específico de oponibilidad frente a terceros, que la fecha conste por instrumento público, se trata de impedir maniobras fraudulentas por parte del deudor, quien, al tanto de una próxima ejecución o declaración de insolvencia, podría desviar, simplemente transmitiendo su posesión, bienes destinados a sufrir la agresión del resto de acreedores. Por tanto, la prenda será válida entre las partes contratantes y sus causahabientes, aunque se convenga informalmente, con motivo de la simple entrega, pero sin llegar a surtir efectos frente a terceros, no pudiendo el acreedor, en consecuencia, alegar su privilegio contra los demás acreedores, de no exhibirse un escrito de fecha cierta con expresión de las características principales de la garantía. Es por ello que, para evitar complicaciones, en cuanto el crédito asciende a una cantidad mínimamente relevante, lo normal es que la prenda se constituya ante notario o corredor de comercio.



2.4. CONTENIDO

2.4.1. Derechos del acreedor pignoraticio

2.4.1.1. Derecho a retener la cosa

Dice el artículo 1.866 del Código Civil:

> «El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiere sido entregada, hasta que se le pague el crédito. Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquel prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiere estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda».

2.4.1.2. Derecho al reembolso de gastos

Tiene derecho el acreedor al abono de los gastos hechos para la conservación de la cosa (art. 1.867 del CC).

2.4.1.3. Derecho a percibir los intereses (frutos) que produzca la prenda

El Código Civil admite una facultad de compensación anticrética al decir que «si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital» (art. 1.868).

Precisiones

En materia de prenda, la regla común consiste en que el acreedor no puede servirse de la cosa recibida, salvo que el dueño –deudor de la obligación garantizada en la mayoría de las ocasiones–, lo consienta (art. 1.870 del CC). No obstante, cuando los bienes pignorados se encuentran entre los llamados fructíferos, no siendo, como parece inducirse del precepto, solo los cifrados en

.../...

.../...

una suma de dinero (supuesto en que, como se dirá al final de esta Unidad didáctica, la prenda trasmuta a irregular), aquella regla se ve desplazada por la que se mantiene en el artículo 1.868 del Código Civil, y por cuya virtud, «si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital». En el caso, pues, la prenda adoptará carácter anticrético. Nada impide, incluso, que las partes pacten la compensación global entre frutos e intereses; a saber, que la prenda se disfrute a los mismos efectos que se posibilita para los inmuebles.

2.4.1.4. Derecho de ejercitar acciones para reclamar o defender la cosa

A pesar de que el deudor sigue siendo dueño de la cosa pignorada mientras no llega el caso de ser expropiado de ella, puede el acreedor, según el Código, ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero (art. 1.869).

2.4.1.5. Derecho a vender la cosa pignorada

Dos medios tiene el acreedor para realizar la cosa en el caso de que no sea satisfecho su crédito:

- Reclamar judicialmente el pago de este y la venta de la prenda, que habrá de regularse por las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).
- Proceder extrajudicialmente a la enajenación de la prenda por el procedimiento de la subasta pública ante notario, que fija el Código Civil en el artículo 1.872.

2.4.1.6. Derecho de preferencia (privilegio)

El acreedor prendario, según el artículo 1.926 del Código Civil, en su regla 1.ª, en la concurrencia con otros acreedores de su deudor, los excluye hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda. Y ello aunque alguno de esos acreedores goce, por virtud del artículo 1.922 del Código Civil, de privilegio también sobre ese mismo bien.



Precisiones

El artículo 1.922 del Código Civil establece exactamente:

«Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos.

2.º Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

3.º Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.

4.º Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante 30 días después de esta.

5.º Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.

6.º Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.

7.º Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de 30 días contados desde que ocurrió la sustracción».

Por su parte, el artículo 1.926 del Código Civil se despacha como sigue:

«Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.

Si concurren dos o más respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:

1.ª El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

.../...

..../...

2.ª En el caso de fianza, si estuviere esta legítimamente constituida a favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el orden de fechas de la prestación de la garantía.

3.ª Los créditos por anticipo de semillas, gastos de cultivo y recolección, serán preferidos a los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquellos sirvieron.

4.ª En los demás casos el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos».

2.4.2. Obligaciones del acreedor

Afectan estas a la conservación y restitución de la cosa.

2.4.2.1. Obligaciones concernientes a la conservación de la cosa

Impone el Código al acreedor las tres siguientes obligaciones:

- No poder usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño, pudiendo este, si aquel lo hiciere o abusare de la cosa en otro concepto, pedir que se ponga en depósito (art. 1.870). Tampoco puede el acreedor disponer de la cosa (art. 1.859).
- Cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.867).
- En consecuencia con lo anterior, responder de su pérdida o deterioro, conforme a las disposiciones del Código (art. 1.867), o, lo que es igual, cuando medie de su parte culpa o negligencia. Si la pérdida o deterioro sobreviniere por caso fortuito, no responderá el acreedor, pero habrá de probar, para eximirse, la existencia del mismo.

2.4.2.2. Obligaciones en orden a la restitución de la cosa

El acreedor está obligado a restituir la cosa una vez que haya sido pagada la deuda y sus intereses con las expensas en su caso (art. 1.871). Debe hacerse la restitución al



constituyente de la prenda y no al propietario como tal (art. 1.162). En cuanto al lugar de la restitución, se aplicará la regla del artículo 1.171.

2.4.3. Derechos y obligaciones del dueño de la cosa pignorada

Son correlativos a los del acreedor pignoraticio, ya examinados.

El deudor o constituyente de la prenda sigue siendo dueño de la cosa (art. 1.869), por lo que podrá enajenar la cosa pignorada, supuesto para el cual operará la tradición meramente consensual a la que se refiere el artículo 1.463 del Código Civil.

Una vez quede saldada la deuda, el constituyente tiene el derecho de pedir la restitución de la prenda (art. 1.871). Este derecho, como derivado del contrato, se hará efectivo por acción personal, y está sometido a la prescripción de 15 años, que se contarán desde el día en que se solventen todas las responsabilidades a que la prenda estaba afecta, ya que antes no habría podido ser ejercitada la acción de restitución.

2.5. EXTINCIÓN DE LA PRENDA

Termina esta:

- Por extinción del débito, porque es accesoria, y faltando la deuda falta su razón de ser.
- Por pérdida de la cosa.
- Por renuncia del acreedor. La entrega de la prenda al deudor se presume condonación tácita de ella, según el artículo 1.191 del Código Civil.
- Por la ejecución de la garantía, esto es, por la venta forzosa del bien instada por el acreedor para cobrarse del crédito.

Precisiones

Vencido el crédito, ante el incumplimiento del deudor el acreedor puede proceder a ejecutar el bien, esto es, a poner en funcionamiento la garantía instando la venta forzosa de la cosa (ejecución y venta forzosa son términos análogos).

.../...

.../...

Si lo que se obtiene no es suficiente para liquidar el montante total de lo debido, el crédito seguirá vigente por la cantidad pendiente de cobro y no alcanzada por el precio obtenido en la venta o subasta, pero la garantía, es decir, la prenda se habría extinguido y con ella el privilegio vinculado. Quien haya adquirido el bien a resultas de la ejecución lo hará libre de la carga que significaba la prenda, la cual habría cumplido su función de garantía en la medida del valor del bien, pero el crédito no por ello se habrá extinguido, sino tan solo minorado con lo obtenido en el expediente de ejecución.

2.6. LA PRENDA DE CRÉDITOS

No prevista expresamente en el Código, en el tráfico, sobre todo comercial, es muy habitual la prenda de créditos (*pignus nominis*). En rigor, no estamos ante un derecho real de prenda, al no ser los créditos susceptibles de posesión, por lo que el efecto de preservación del bien pignorado no se conseguirá aquí a partir de una tradición imposible en el caso, sino de la notificación que se haga al deudor del crédito pignorado.

EJEMPLO 5

Un crédito, como cualquier otro bien dentro del tráfico jurídico, puede darse en garantía. Se trata, en la práctica, de actualizar el activo que representa en caución del cumplimiento de una obligación, normalmente de devolución del numerario que a su costa se solicita. Así, si A debe 1.000 euros a B, pagaderos a 31 de diciembre, y este, B, se encuentra necesitado de dinero antes, nada impide que pueda poner en garantía ese crédito para conseguir financiación de C, de ordinario, por un montante inferior al nominal del crédito puesto en garantía.

EJEMPLO 6

Con todo, el supuesto más habitual, en la actualidad, de prenda de créditos es la prenda de depósitos bancarios y, más concretamente, dice Martínez de Aguirre, de imposiciones a plazo fijo constituidas normalmente en el banco o entidad que es, a su vez, acreedor

.../...



.../...

garantizado; por ejemplo, el banco hace un préstamo por valor de 100.000 euros, y en garantía de su cumplimiento se establece prenda sobre una imposición a plazo fijo de 120.000 euros que tiene el deudor en dicho banco, con pacto de compensación de los respectivos créditos en caso de incumplimiento del deudor. Hay aquí, en realidad, una prenda del crédito que tiene a su favor el deudor frente a la entidad bancaria; se trata de un negocio de garantía por el que se modificará el contrato previo de depósito, de modo que la devolución del importe depositado dependerá de que se cumpla antes con el crédito garantizado con el plazo fijo.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la prenda de créditos refleja en rigor una cesión de créditos limitada, en la que el acreedor no asume la titularidad plena del crédito, como es propio comúnmente de la cesión, sino supeditada a la finalidad de garantía con la que se conviene. De tal manera que, si el crédito prendado vence antes que el garantido, el acreedor pignoraticio estará facultado para reclamar el pago, entrando a actuar aquí el instituto de la subrogación real de distinta forma, según sea el objeto del crédito gravado; si fungible, dinerario, se dará un supuesto de prenda irregular, haciéndose el acreedor, como a continuación se expondrá, con la propiedad de los bienes obtenidos; si de dar un bien de otra clase, sobre él se constituirá ipso iure una nueva garantía, lo más seguro de prenda, pero ahora de carácter ordinario.

Por el contrario, venciendo el crédito garantizado antes que el prendado, y cumpliendo el deudor pignoraticio con sus obligaciones, se invertiría el procedimiento para la constitución de la garantía, de suerte que el acreedor pignoraticio debería hacer devolución, de existir, del instrumento relativo al crédito prendado sin eludir notificar al deudor de este crédito de inmediato. En cambio, si el deudor no cumple oportunamente, el acreedor podrá optar por esperar a que venza el crédito pignorado o bien solicitar que se ejecute. Si fuera la primera de esas vías la que adoptara, nuevamente convendría distinguir en atención al tipo de prestación implicada: si pecuniaria, lo que cobrara se aplicaría directamente a la liquidación de la deuda; si de otra clase, se procedería a su remate. En uno u otro caso, se habría de entregar al deudor el sobrante que resultase.

2.7. LA LLAMADA PRENDA IRREGULAR

Por su especificidad, interesa finalmente la problemática de la denominada prenda irregular, aquella que gira sobre bienes consumibles o fungibles. Importando espe-

cialmente la de dinero, por la frecuencia con que el tipo se manifiesta en el tráfico, muy difícilmente cabe admitir la modalidad como un verdadero derecho de prenda. Nos encontramos ante una garantía traslativa del dominio, generadora de un eventual crédito restitutorio a favor del garante. Mientras que en el normal régimen de la prenda lo que se transmite solo es la posesión, no pudiendo el acreedor disponer de la cosa que recibe, ni siquiera ante el incumplimiento, situación a cuyo particular deberá instar la realización de su valor o, al menos, que se estime justamente, en la hipótesis que se analiza, el acreedor podrá usar y disponer de cuanto se le entregue, quedando obligado únicamente a devolver igual género y cantidad (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*) atento el cumplimiento del deudor.

Precisiones

El artículo 36.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) dispone:

> «A la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda».

La ley habla de fianza, pero en modo alguno puede considerarse tal. Se trata de una prenda irregular en toda regla.

Los efectos fundamentales de la prenda irregular se reducen a los siguientes:

- En primer lugar, la prenda de que se trata atribuye inmediatamente (en ello consiste su especialidad) la propiedad del dinero al acreedor pignoraticio, que se hace deudor de cantidad.
- En caso de incumplimiento de la obligación principal, puede ser aplicada la garantía al pago de aquella.
- En caso de ser cumplida la obligación principal, el acreedor pignoraticio tiene la obligación de restituir una cantidad igual a la recibida.



Precisiones

El carácter naturalmente fungible de las cosas, mientras no haya un acto voluntario de especificación, que las determine o individualice, incorpora per se la facultad de disponer para quien las reciba, lo haga en calidad de acreedor (prendario), depositario o (cuasi) usufructuario. Y es que resulta totalmente indiferente qué cosas en concreto sean las que se devuelvan finalmente, con tal de que resulten de la misma calidad y sea una cantidad equivalente la que se entregue. He aquí la razón por la que las notas de fungibilidad y consumibilidad, no siendo exactamente iguales, aparecerían siempre tan unidas.

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- Las garantías reales sujetan un bien en aseguramiento del cumplimiento de una deuda, conllevan la afectación de una cosa con tal finalidad. Al tiempo de constituirse, el bien suele pertenecer al deudor, aunque no se impide que sea de un tercero, quien, de esta manera, actuará como garante.

- Las garantías reales se dividen en típicas y atípicas. La hipoteca, la prenda manual u ordinaria y la anticresis son las garantías reales típicas reguladas en el Título XV del Libro IV del Código Civil, en sede de obligaciones y contratos, ubicación que se explica atendiendo a la fuente mayormente convencional de estas garantías; también son típicas la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento posesorio, que se regulan en su normativa específica, así como la reserva de dominio que, como cláusula accesoria, se disciplina en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Por su parte, entre las atípicas cabe citar la venta en garantía, la opción empleada con igual finalidad y el derecho de retención.

- Por la venta en garantía, el deudor transmite al acreedor la propiedad de una cosa para que el acreedor se la devuelva cuando liquide la deuda. Se trata de una modalidad de garantía fiduciaria, caracterizada por:

  – La venta de un inmueble al acreedor, pública y manifiestamente, ya que se pretende que surta efectos *erga omnes*.

  – Un derecho de readquisición, futuro o actual, que se conviene a favor del deudor y que se hace depender del reintegro de la cantidad recibida en su día como «precio de venta», más, en su caso, un tanto por ciento en concepto de gastos e intereses.

  – La retención del uso y disfrute de la cosa por el deudor (en régimen de precario, arrendamiento, etc.).

- El derecho de opción, por cuya virtud se concede por quien es titular de un derecho la facultad de adquirirlo por el precio y en el plazo que se señalan, también puede convenirse en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el concedente o un tercero. A su través, se otorga al acreedor un derecho de opción cuyo ejercicio se pacta suspensivamente condicionado al incumplimiento y sin que al efecto el acreedor deba desembolsar



el precio estipulado, el cual se reputará en el futuro ya recibido o se prevé pueda compensarse directamente con el importe del crédito principal.

- El derecho de retención no se encuentra sistemáticamente regulado en el Derecho común, por más que como facultad se desliza en varios de sus pasajes y con respecto a distintas instituciones (usufructo, arrendamiento de obra, mandato, depósito, etc.). Su particularidad en el régimen de garantías reales se basa en que no se constituye, por su propia esencia, a título voluntario; precisamente por la razón de equidad en la que se funda, en cuya virtud no se juzga procedente que se reclame por una cosa sin antes corresponder con los gastos o mejoras que sobre ella se hayan realizado, la garantía opera por ley, a sola voluntad del acreedor y sin que se requiera de pacto alguno. Únicamente se exige que el crédito haya tenido por objeto o se haya contraído en atención a la cosa.
- Generalizando la normativa que contiene el Código para la hipoteca y la prenda, resultan requisitos esenciales de las garantías reales:

  – Que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
  – Que la cosa puesta en garantía pertenezca en propiedad al que decide gravarla de tal modo.
  – Que las personas que las constituyan tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

- De las garantías típicas, dice el Código específicamente, es de su esencia que, vencida la obligación principal, y no satisfecha esta, pueda ser enajenada la cosa para pagar al acreedor, debiéndose entregar el sobrante, si resultare, al propietario que como consecuencia de la realización de la garantía o ejecución forzosa (del dominio) del bien habría dejado de serlo. Pero el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca ante el mero incumplimiento, no tiene derecho a adquirir su propiedad automáticamente por este solo hecho. En ello consiste la prohibición del pacto comisorio en materia de garantías, regla que, por su fundamento, se debe considerar aplicable a cualquier garantía real, sea típica o atípica. Lo que el legislador pretende limitar con la prohibición es que el acreedor salga beneficiado por más de lo que se le debe, teniendo en cuenta que el bien dado en garantía suele exceder en su valor del montante global al que asciende el crédito garantido.

- Los derechos reales de garantía, y por extensión, según lo dicho, el conjunto de garantías reales, subsisten hasta el total pago o extinción de la obligación, gravando todo el bien, aun cuando este se divida, circunstancia en la que cada parte resultante habría de quedar igualmente vinculada al cumplimiento íntegro de lo debido. En ambas circunstancias, una predicable del crédito y otra de los bienes gravados, estriba la indivisibilidad como principio de las garantías reales.
- La prenda manual, ordinaria o posesoria es una forma de garantía real, que se distingue por el desplazamiento de la posesión que debe realizarse de la cosa. Esta pasa a poder del acreedor, quien tiene el derecho de proceder a su venta si la obligación principal no fuere cumplida. La prenda conjuga el desplazamiento posesorio con la normal abstención del acreedor en relación con el uso o aprovechamiento de la cosa, de lo cual se deriva un dato de suma relevancia: la prenda sería el único derecho real donde con la tradición se perseguiría un propósito primordialmente negativo, de control patrimonial, consistente en evitar que el pignorante disponga libremente del bien en tanto el crédito no se torne exigible.
- Son elementos personales del derecho de prenda, de una parte, el titular del mismo, que es el acreedor en garantía de cuyo derecho de crédito se establece la prenda (acreedor pignoraticio), y, de otra, el deudor o un tercero, que grava su cosa con prenda para asegurar la efectividad de ese crédito (constituyente de la prenda).
- Son elementos reales del derecho de prenda la cosa que se pignora y la obligación que con la prenda se asegura. Mientras que para las obligaciones se sigue la regla general y común, por la cual pueden ser garantizadas a su través toda clase de obligaciones, para que las cosas puedan darse en prenda se exigen tres condiciones: que sean muebles, que estén en el comercio y que sean susceptibles de posesión.
- En cuanto a sus elementos formales, la prenda se constituye desde que se pone en posesión de la cosa al acreedor, pero no será oponible frente a terceros si no consta en instrumento público la certeza de su fecha, requisito que sirve para impedir maniobras fraudulentas por parte del deudor ante una inminente ejecución de sus bienes.
- En su contenido, la prenda atribuye al acreedor pignoraticio:
  - El derecho a retener la cosa mientras no se le pague.
  - El derecho al reembolso de los gastos que le haya ocasionado la conservación de la cosa.



- La facultad de compensar los frutos que genere el bien prendado con los intereses, o si estos no se deben, con el capital adeudado.
- El derecho a ejercitar las acciones pertinentes para reclamar o defender en su integridad la cosa (interdictos, acción reivindicatoria, etc.).
- El derecho de hacer vender la cosa ante el incumplimiento.
- El derecho a cobrarse con preferencia, frente a otros acreedores de su deudor, sobre el valor que se obtenga de la cosa.

• Correlativamente, son obligaciones del acreedor pignoraticio:

- No usar de la cosa sin autorización del dueño, pudiendo este, si el acreedor lo hiciera, solicitar que la cosa se ponga en depósito.
- No disponer de la cosa.
- Cuidarla con la diligencia de un buen padre de familia, respondiendo, en otro caso, por su pérdida o deterioro.
- Restituir el bien una vez haya sido pagada la deuda junto con sus intereses.

• Por su lado, el constituyente de la prenda, normalmente el deudor en la relación obligatoria garantizada, seguirá siendo dueño de la cosa, pudiendo enajenarla a un tercero sin necesidad de requerir de la colaboración del acreedor. Pagada la deuda, tendrá derecho a reclamar la inmediata restitución de la cosa.

• La prenda de créditos no constituye directamente un derecho de prenda, al no ser los créditos susceptibles de posesión. Se trata en puridad de una cesión de créditos limitada, en la que el acreedor no asume la titularidad plena del crédito, como es propio comúnmente de la cesión, sino supeditada a la finalidad de garantía con la que se conviene. De tal manera que si el crédito prendado vence antes que el garantizado, el acreedor pignoraticio estará facultado para reclamar el pago, entrando a actuar aquí el instituto de la subrogación real de distinta forma, según sea el objeto del crédito gravado; si fungible, dinerario, se dará un supuesto de prenda irregular, haciéndose el acreedor, como a continuación se expondrá, con la propiedad de los bienes obtenidos; si de dar un bien de otra clase, sobre él se constituirá ipso iure una nueva garantía, lo más seguro de prenda, pero ahora de carácter ordinario. Por el contrario, venciendo el crédito garantizado antes que el prendado,

y cumpliendo el deudor pignoraticio con sus obligaciones, se invertiría el procedimiento para la constitución de la garantía, de suerte que el acreedor pignoraticio debería hacer devolución, de existir, del instrumento relativo al crédito prendado sin eludir notificar al deudor de este crédito de inmediato. En cambio, si el deudor no cumple oportunamente, el acreedor podrá optar por esperar a que venza el crédito pignorado o bien solicitar que se ejecute. Si fuera la primera de esas vías la que adoptara, nuevamente convendría distinguir en atención al tipo de prestación implicada: si pecuniaria, lo que cobrara se aplicaría directamente a la liquidación de la deuda; si de otra clase, se procedería a su remate. En uno u otro caso, se habría de entregar al deudor el sobrante que resultase.

- Tampoco genera un derecho limitado de carácter pignoraticio la entrega en garantía de bienes fungibles, fórmula que se denomina prenda irregular. Nos encontramos ante una garantía traslativa del dominio, generadora de un eventual crédito restitutorio a favor del garante. Mientras que en el normal régimen de la prenda lo que se transmite solo es la posesión, no pudiendo el acreedor disponer de la cosa que recibe, ni siquiera ante el incumplimiento, situación a cuyo particular deberá instar la realización de su valor o, al menos, que se estime justamente, en la hipótesis que se analiza, el acreedor podrá usar y disponer de cuanto se le entregue, quedando obligado únicamente a devolver igual género y cantidad (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*) si es que el deudor cumple.

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

¿En qué consiste una garantía real en comparación con una de índole personal?



Enunciado 2

Expón las semejanzas y diferencias entre las distintas modalidades típicas de garantías reales.

Enunciado 3

Explica las dos modalidades básicas de propiedad en garantía que se observan en nuestra práctica: la venta en garantía y la opción utilizada a tal fin.

Enunciado 4

Desarrolla el contenido del derecho de prenda desde la perspectiva del acreedor (derechos y obligaciones de este).

Enunciado 5

¿Son derechos reales la prenda irregular y la de créditos?

Solución 1

En las garantías personales, con la fianza como prototipo, se acompaña la relación obligatoria principal de otra relación subordinada, obligándose un tercero en su virtud a cumplir o responder en el caso de que el deudor principal no lo haga. Por tanto, se añade un nuevo deudor, pero por vía accesoria, y con él todo un nuevo patrimonio susceptible de agresión por el acreedor en caso de incumplimiento. En las garantías reales, en cambio, queda comprometido un bien al buen resultado del crédito cuyo cumplimiento se garantiza, con eficacia *erga omnes*. Esto último significa que el bien podrá pasar a terceras manos pero seguirá estando gravado, afectado a la función de garantía que cumple. En la fianza, por muy fiador que se sea, se tiene, por el contrario, plena disponibilidad sobre los bienes que existan en el patrimonio al tiempo de convenirse la garantía, de suerte que podrán enajenarse sin que el tercero que los adquiera responda con su valor ante el incumplimiento.

Solución 2

Debemos, en este punto, remitirnos al cuadro que figura al principio de la Unidad y a los cinco criterios a partir de los cuales distinguíamos entre las garantías reales típicas, garantías que son, recuérdese, la prenda, la hipoteca, la anticresis, la hipoteca mobiliaria/prenda sin desplazamiento y la reserva de dominio. Esos criterios responden a su objeto, a si la garantía en cuestión incorpora la traslación posesoria, a la forma en que se constituya, si solemne o informalmente, a la facultad de uso de la cosa gravada en atención a si podrá usarla el acreedor, el constituyente (normalmente el deudor) o ninguno, y al medio de publicidad de la garantía.

- La prenda común recae, así, sobre bienes muebles o semovientes, incorpora la entrega de la posesión al acreedor o a un tercero, no faculta a ninguno de los implicados a usar de la cosa y se exterioriza precisamente a través de la posesión.
- La hipoteca recae sobre bienes inmuebles, no incorpora posesión, permitiendo, entonces, que la siga usando el deudor o constituyente, y se constituye de forma solemne para inscribirse en el Registro de la Propiedad inmueble.
- La anticresis recae también sobre inmuebles y se constituye de forma solemne, siendo inscribible en el Registro, pero incorpora la posesión y la facultad de usar de la cosa gravada en favor del acreedor, por lo que también se manifiesta materialmente.



- La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, con las diferencias aún existentes entre ellas, recaen sobre bienes muebles y semovientes, aunque también pueden tener por objeto un establecimiento mercantil o derechos de autor o propiedad industrial; no requieren de traslación posesoria, por lo que la posesión y el uso de la cosa quedan en cabeza del constituyente, se constituyen en escritura pública y se inscriben en la sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles.
- La reserva de dominio, conforme a la legislación en materia de venta a plazos de bienes muebles, es, en quinto y último lugar, una garantía mobiliaria que se constituye en el modelo de contrato aprobado oficialmente al efecto, se inscribe en el Registro de Bienes Muebles y no excluye al deudor respecto de la posesión ni del uso de la cosa gravada.

Solución 3

La propiedad en garantía es un fenómeno alternativo a las garantías reales típicas que son todas derechos reales limitados, por el cual se transmite el dominio de la cosa que se pone en garantía al acreedor o se supedita su eventual transferencia al incumplimiento. Lo primero sucede con la venta en garantía, exponente básico de *fiducia cum creditore*, en la cual se opera la transmisión de la propiedad a cambio del capital que se entrega a crédito quedándose con la posesión el deudor al que se le faculta a readquirir la cosa si cumple con la restitución de capital más intereses. Si incumple, el acreedor se quedará definitivamente con lo que ya es suyo, aunque debiendo entregar la diferencia entre lo adeudado y el valor de mercado del bien en ese momento; en otro caso, se estaría infringiendo la prohibición del pacto comisorio.

La facultad de readquisición puede expresarse también a través de un derecho de opción que se le confiere al garante. No obstante, se habla de opción en garantía más propiamente cuando se concede esta clase de derecho al acreedor para quedarse con la cosa a costa de lo que se le debe llegado el incumplimiento. La prohibición referida también será aquí plenamente aplicable.

Solución 4

La prenda confiere al acreedor pignoraticio las siguientes facultades:

- Retener la cosa mientras no se le pague.
- Reembolso de los gastos que le haya ocasionado la conservación de la cosa.
- Compensar los frutos que genere el bien prendado con los intereses o, si estos no se deben, con el capital adeudado.
- Ejercitar las acciones pertinentes para reclamar o defender en su integridad la cosa (interdictos, acción reivindicatoria, etc.).
- Hacer vender la cosa ante el incumplimiento.
- Cobrarse con preferencia, frente a otros acreedores de su deudor, sobre el valor que se obtenga de la cosa.

Correlativamente, son obligaciones del acreedor pignoraticio:

- No usar de la cosa sin autorización del dueño, pudiendo este, si el acreedor lo hiciera, solicitar que la cosa se ponga en depósito.
- No disponer de la cosa.
- Cuidarla con la diligencia de un buen padre de familia, respondiendo, en otro caso, por su pérdida o deterioro.
- Restituir el bien una vez haya sido pagada la deuda junto con sus intereses.

Solución 5

La prenda irregular, sí; la de créditos, no. Si todo derecho real se caracteriza, en su aspecto interno o primario, en un poder inmediato sobre la cosa que le sirve de asiento u objeto, de modo que no es necesaria la intermediación o participación de ninguna otra persona para la consecución de las expectativas económicas que el derecho confiere, es claro que la prenda de créditos, como cesión de créditos limitada que es, no puede calificarse como tal por requerir de la participación del deudor cedido en último caso.

En la prenda irregular, en cambio, se transferirá la propiedad en garantía como consecuencia de la naturaleza consumible o fungible del bien, debiendo entregar igual género y cantidad si el deudor cumple en tiempo y forma. Esto es lo que distingue el supuesto de la prenda común: esto es, que en la prenda irregular no habrá un derecho real limitado, sino que es el dominio propiamente el que se pone en juego.





EJERCICIOS VOLUNTARIOS

Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:

Enunciado 1

La empresa San Martín es una sociedad anónima dedicada a la confección de calzado deportivo. Tras 20 años de exitosa producción, los últimos dos ejercicios ha cerrado con importantes pérdidas, las cuales la sitúan al borde de la quiebra. Para salir de la crisis, la sociedad decide transmitir al Banco de Madrid el inmueble donde se encuentra la sede central de sus instalaciones, pero con la idea de seguir usando de ellas bajo el régimen del arrendamiento y de poder readquirir su propiedad, una vez se saneen sus finanzas.

a) ¿Cómo crees que se habrá articulado en la operación reseñada la facultad de readquisición con la que cuenta la sociedad anónima luego de enajenar el inmueble?

b) ¿Qué clase de dominio tendría el banco? ¿Qué función habría cumplido la transmisión realizada a su favor?

c) ¿El ordenamiento español admite negocios como el que se describe en el supuesto?

Enunciado 2

Llega el calor y Tomás Gutiérrez desea alquilar un chalé en la sierra madrileña para los meses de julio y agosto. Luego de ver algunos, arrienda el que es propiedad de Carmelo Méndez. Estipulan una renta mensual de 1.500 euros, pagaderos por anticipado, antes de entrar en el inmueble. Además, Carmelo exige, como caución, la entrega de otros 1.000 euros.

a) ¿De quién serán los 1.000 euros dados en caución durante la vigencia del contrato?

b) ¿Qué pasaría si al término del arrendamiento Carmelo comprobara importantes desperfectos en la quinta?

c) Si, por el contrario, todo estuviera bien, ¿debería Carmelo alguna clase de intereses?

Enunciado 3

El 8 de septiembre de 2005 se instrumenta contrato de préstamo por el cual Pablo Hornos entrega a Hugo Rodríguez la suma de 80.000 euros, los que deberán ser devueltos el día 5 de febrero de 2006, con más de 10.000 euros en concepto de intereses.

El 1 de febrero de 2006, al prever ciertas dificultades para la devolución del dinero y en garantía especial para su reintegro tras concesión por Hornos de una prórroga al respecto, se suscribe a su favor, por Rodríguez, documento privado de venta, en relación con una casa de fin de semana de su propiedad sita en una urbanización privada ubicada a las afueras de Madrid. En el documento se fija como precio, que se dice entregar en el acto, la suma de 90.000 euros, estipulándose que el vendedor podrá recuperar el inmueble vendido previa restitución de la suma establecida como precio dentro de seis meses.

Pasados los seis meses, y después de realizar diversos requerimientos, Hornos interpone el pertinente juicio demandando la elevación a público del documento privado de venta y la entrega de la posesión del inmueble.

a) ¿De quién era la propiedad del bien entre que se firmó el documento privado y la interposición de la demanda?

b) ¿Podrá prosperar la acción instada por Hornos?



Solución 1

a) El supuesto refleja una de las modalidades más actuales de venta en garantía, de negocio fiduciario *cum creditore*. Es el llamado *lease back* o *leasing* de retorno.

b) El banco, pues, tendría durante la vigencia de la relación la propiedad en garantía, asegurándose retener su titularidad en tanto no se le abone, por la vía del canon arrendaticio, el total del precio de compra que es en realidad el capital más los intereses que ha proporcionado a la empresa para seguir funcionando. Su dominio, por tanto, es fiduciario, lo que le obliga a no disponer de la cosa en tanto en cuanto no se incumpla por la empresa con su obligación de periódica restitución del «precio» abonado en su día por el banco.

c) Sí, los admite, pero con ciertos límites o condiciones, con vistas a evitar que por la vía de esta modalidad de *leasing* se cometan abusos proscritos especialmente para el resto de garantías. Interesa particularmente aquí la prohibición del pacto comisorio, que tiende, como sabemos, a evitar que el acreedor se quede con la cosa, de mayor valor en los hechos que el montante total de la deuda garantizada, si, al menos, no es por su valor actual de mercado.

Solución 2

a) Con defecto de técnica suele denominarse la caución arrendaticia como fianza, cuando nada tiene que ver. Estamos ante una garantía real que tiene por objeto bienes consumibles, además de fungibles. Es una prenda irregular. Por tanto, la propiedad del dinero habrá pasado desde que lo reciba al propietario-arrendador. La función de garantía hace que, a diferencia de los 4.000 euros que recibirá por adelantado en concepto de arrendamiento, se obligue a devolverlos al terminar la relación arrendaticia en condiciones ordinarias.

b) Carmelo podrá imputar directamente al pago de esos desperfectos el numerario recibido por anticipado; esto es, podrá descontar del montante a devolver el valor al que asciendan esos desperfectos. La prenda irregular es así un modelo de «garantía autoliquidable», pues se prescinde de acudir al juez para dar ejecución a la garantía. Si los desperfectos, a su juicio, superaran aquella cuantía, siempre le quedaría al propietario la facultad de impetrar la oportuna acción (contractual) por daños y perjuicios.

c) Los intereses solo se deberían en caso de pacto expreso, algo que no suele incluirse, desde luego, en los contratos de arrendamiento. No obstante, debe estarse al artículo 36.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando establece que «el saldo de la fianza en metálico que deba ser restituido al arrendatario al final del arriendo, devengará el interés legal, transcurrido un mes desde la entrega de las llaves por el mismo sin que se hubiere hecho efectiva dicha restitución». Para la aplicación del precepto se habrá de tener en cuenta que se refiere únicamente a los intereses moratorios, que se generarán por falta de restitución pasado un mes desde que se haya reintegrado al arrendador el inmueble; la norma concretaría, pues, para el ámbito arrendaticio la regla general del artículo 1.108 del Código Civil, al señalar el momento a partir del cual el arrendador se encontraría en mora.

Solución 3

a) En el caso, las partes no han suscrito el oportuno contrato de venta a título de intercambio. No, estamos ante un claro supuesto de venta en garantía, donde el pacto de retro asegura al deudor que pagara la totalidad de lo adeudado el recuperar la propiedad formal del inmueble, y decimos formal, porque la transmisión como tal no se quiso como efecto directo de lo convenido, sino tan solo ante un eventual incumplimiento. Y no habría habido efectiva tradición precisamente por ello.

b) Siguiendo con tal argumento, y desde un plano teórico, las acciones podrían prosperar porque la venta en garantía como negocio es perfectamente admisible siempre y cuando se respetaran por su vía las consecuencias de su causa de garantía. Esto es, las partes son libres de acudir a este medio atípico de garantía, que será válido siempre que la operación no se haya ideado para favorecer al acreedor en mayor medida de lo que se debe.

   En el caso, el hecho de que no se haya explicitado la causa de garantía del negocio, que se haya instrumentado en documento privado, son factores que indican sobre una simulación ilícita en la convicción de que el inmueble seguramente valdrá en el mercado mucho más de los 90.000 euros, equivalentes al capital y los intereses.

   En suma, la garantía, por su causa ilícita en el caso, se habrá de considerar nula, no debiendo prosperar ninguna de las acciones presentadas por el acreedor, a quien, por supuesto, siempre le quedará la acción derivada del contrato de préstamo al objeto de la devolución de lo prestado, pero ahora sin mayores garantías ni privilegios.





REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

BUSTOS PUECHE, J. E.: «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, págs. 539 y ss.

CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los Derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, t. III, Madrid, Tecnos, 2003.

FERRANDIS VILELLA, J.: «Introducción al estudio de los derechos reales de garantía», en *Anuario de Derecho Civil*, 1960, págs. 37 y ss.

PABLO CONTRERAS, P. de; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *Curso de Derecho civil. Derechos reales*, Madrid, Colex, 2008.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.

PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, t. III-2.°, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1951.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La opción de compra*, Madrid, Dykinson, 2003.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: *La venta en garantía en el Derecho civil español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, Civitas, 1990.

Avanzada

ARANDA RODRÍGUEZ, R.: *La prenda de créditos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1996.

CRUZ MORENO, M.: *La prenda irregular*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995.

DURÁN RIVACOBA, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

FELIÚ REY, M. I.: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995.

LEÑA FERNÁNDEZ, R.: «Algunas cuestiones prácticas en torno a la opción de compra», en *Academia Sevillana del Notariado. Homenaje al profesor Jordano Barea*, vol. IV, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1991, págs. 41 y ss.

SERRANO ALONSO, E.: «Comentarios a los artículos 1.863 a 1.873», en *Comentario del Código Civil español*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

UNIDAD
DIDÁCTICA

2 LA HIPOTECA INMOBILIARIA

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. La hipoteca inmobiliaria: concepto, naturaleza y función
2. Caracteres
3. Elementos de la relación jurídica hipotecaria: elementos personales
    3.1. Por el lado pasivo de la relación
    3.2. Por el lado activo
4. Elementos objetivos
    4.1. El inmueble como soporte común de la hipoteca
    4.2. Hipotecas conjunta y solidaria: el gravamen sobre dos o más inmuebles
    4.3. La amplia extensión objetiva de la garantía
    4.4. La obligación garantizada con la hipoteca
5. Elementos formales
6. Rango y privilegio del acreedor hipotecario
7. Las medidas de protección de la hipoteca
    7.1. La acción de devastación
    7.2. El seguro de daños y el de amortización del crédito
8. La ejecución hipotecaria
    8.1. El procedimiento judicial sumario (o específicamente hipotecario)



8.2. El procedimiento ejecutivo ordinario
8.3. El procedimiento extrajudicial

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

La hipoteca es, junto a la propiedad, el derecho real de mayor importancia desde un punto de vista socioeconómico. En consonancia, comienza advirtiéndose en esta Unidad didáctica sobre su relevante función, para desarrollar los caracteres que la identifican y profundizar en las cuestiones esenciales de su estatuto.



1. LA HIPOTECA INMOBILIARIA: CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNCIÓN

En la clásica definición de Roca Sastre, la **hipoteca** es un derecho real de realización de valor, en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e indivisible y de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables, que permanecen en la posesión del propietario.

A diferencia de los otros dos derechos reales codificados con función de garantía, la hipoteca se caracteriza prima facie por la falta de desplazamiento posesorio. Particularmente, lo que con la posesión se lograría para la prenda, impidiendo que el bien se transmita en detrimento de la garantía, se consigue para la hipoteca mediante la oportuna inscripción en el Registro. Ahí reside el principal motivo por el que el acreedor confiará en no verse defraudado.

Pero que se disponga que el titular no entre en posesión del inmueble no significa que el contenido del derecho de hipoteca sea meramente potencial, ni mucho menos, a partir de ahí, una cierta impugnación de la consideración legal de su carácter real. Lo que sucede es que de las dos fases típicas que se dan en las garantías reales, la de seguridad y satisfactiva, técnicamente es esta, la dependiente del hecho del incumplimiento, la única que es eventual, que puede darse o no.

Me explico: la primera de esas fases, la de seguridad, se da siempre, a partir del mismo momento de su constitución, y se traduce en la limitación genérica, aunque actual, que pesa sobre el constituyente –o, como buen derecho real, sobre el tercero que con posterioridad adquiera el bien– de no disminuir, no perjudicar el valor del inmueble y, a su través, en lógica consecuencia, aquella expectativa del acreedor frente al incumplimiento. El derecho de hipoteca se presentará, así, según la fase en la que se halle, de dos maneras: primero, como sucede también, y únicamente, con las servidumbres *in non faciendo*, con un contenido marcadamente negativo, en tanto el deudor vaya cumpliendo con las obligaciones a su cargo; luego, si fuera el caso, con un contenido positivo, cifrado en la desposesión y, seguidamente, la ejecución o enajenación forzosa del derecho gravado (normalmente el de dominio).

En la historia, ya entrando más propiamente en su función, nada se descubre destacando el importantísimo papel que ha cumplido la hipoteca en el desarrollo de las socie-

dades civilizadas. Cabría, incluso, advertir que el avance socioeconómico de un pueblo podría confrontarse, sin más, observando el grado de perfección de su normativa hipotecaria y el modo en que la figura se acepta y desenvuelve. En este punto, no cabe duda de que la expansión de su fórmula a partir de mediados del siglo XIX contribuyó decisivamente a la desamortización de las tierras en manos muertas o infrautilizadas, al progreso de la industria y al exponencial crecimiento de los núcleos poblacionales, facilitando, además, el acceso a la vivienda de los trabajadores y la realización de un ingente número de obras y proyectos. Desde esta perspectiva, el crédito territorial –término empleado por tradición en alusión al crédito garantizado con hipoteca– permite la movilización de los capitales con los más variados fines.

Precisiones

La trascendencia del crédito territorial, en ese sentido que se comenta, hubo de ponerse de relieve en la exposición de motivos de nuestra capital Ley Hipotecaria de 1861. En el texto se resaltaba el objetivo al que se encaminaba la moderna legislación hipotecaria: literalmente, asentar el crédito con miras a la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido, atento a que «el que presta con hipoteca, más bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación; el deudor es solo el "representante" de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de la fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día de lo que dio. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño». De forma que el crédito territorial quedará suficientemente garantido y, dándose a los capitales un empleo sólido y eficaz, el propietario gozará de un crédito proporcional a su patrimonio, «se activará la circulación, bajará el interés del dinero y nacerán nuevas fuentes» de prosperidad y riqueza.

2. CARACTERES

Introducido como precede, han de señalarse como características destacadas del derecho de hipoteca las siguientes:



- **Es un derecho real**, ya que implica un poder directo sobre una cosa protegido frente a todos, haciéndose conocer a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad.
- **Es un derecho inmobiliario.** Este carácter viene expresamente recogido en los artículos 1.874 del Código Civil y 106 de la Ley Hipotecaria (LH), al afirmar ambos que solo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestos sobre bienes de tal clase. Se ha de decir, no obstante, como se desarrollará en la Unidad didáctica siguiente, que el Derecho moderno tiende a admitir formas, más o menos perfectas, de hipoteca mobiliaria, por lo que hoy, en buena teoría, la distinción entre ambas instituciones no descansará tanto en la cualidad del objeto, si mueble o inmueble, sino en la necesidad o no de desplazamiento posesorio.
- **Es un derecho accesorio**, por la función de garantía que cumple. Por tanto, si el crédito es nulo o se extingue, también será nula o quedará extinguida la hipoteca, de la misma manera que solo podrá ser enajenada la hipoteca con el crédito mismo, transmitiéndose esta cuando se transmita el crédito (*cfr.* art. 1.528 del CC).
- **Es un derecho de inscripción registral constitutiva.** La hipoteca requiere para su constitución de su constancia en el Registro de la Propiedad inmueble (arts. 1.875 del CC y 145.2.º de la LH), no habiendo sin inscripción garantía.
- **Es un derecho sometido absolutamente al principio de determinación o especialidad**, consistente en que la hipoteca no puede darse más que sobre bienes especialmente determinados y por suma o cantidad también indicada. Se refiere, pues, esta nota tanto al crédito garantizado como a los bienes hipotecados.
- **Es un derecho indivisible.** La garantía hipotecaria, mientras no se cancele, subsiste íntegra, afectando a todas y cada una de las partes del inmueble, y asegurando todo el crédito y cada una de sus partes (art. 1.860 del CC, visto en la Unidad 1). No obstante, para cuando desde un principio son varios los inmuebles afectados a un mismo crédito, se ha de estar a las reglas específicas que se verán en el epígrafe 4.2, donde se concreta el alcance exacto de la indivisibilidad para la hipoteca.

  El principio es que habrá de determinarse la parte de gravamen de la que cada uno haya de responder (art. 119 de la LH), con lo que la indivisibilidad se predicará, a la postre, de cada inmueble respecto de la cantidad específica que le corresponda a resultas de tal distribución.

- **Es un derecho que no implica desposesión de los bienes hipotecados**, característica esencial que diferencia la hipoteca del derecho real de prenda.
- **Es un derecho de realización de valor**, ya que es inherente al mismo el llamado *ius distrahendi*, o facultad de poder imponer la enajenación de la cosa para que pueda satisfacerse con el precio la deuda garantizada, y ello aunque la cosa haya pasado a terceros, que quedarán sometidos al gravamen conforme al primero de los caracteres aquí enunciados.

3. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA HIPOTECARIA: ELEMENTOS PERSONALES

3.1. POR EL LADO PASIVO DE LA RELACIÓN

Lo habitual consiste en que el deudor sea el dueño de la finca que se hipoteca. Sin embargo, nada obsta a que otra persona ponga un bien de su propiedad como garantía de la operación. El individuo que hipoteca por una deuda ajena recibe el nombre de tercer dador, tercero constituyente o hipotecante no deudor (sin ánimo de profundizar, el término fiador real no resulta, por el contrario, del todo aceptable).

Junto a la expresión que se refiere, donde un tercero hipoteca un bien en garantía de deuda ajena, esa especie de «trilaterización» de las relaciones en presencia también puede darse después del momento de constituirse la hipoteca. Se trata de esas situaciones mucho más frecuentes en las que el propietario del bien hipotecado, fuera o no deudor con respecto a la obligación principal, lo transmite a un tercero. Mientras que, como se ha señalado, lo normal es que las partes en el crédito se correspondan con las de la garantía, en estas ocasiones a las que me refiero –y como en la hipótesis del hipotecante no deudor–, aparecerían frente al acreedor diferentes sujetos ocupando el lado pasivo de cada relación: en la obligatoria, el deudor; en la hipotecaria, el llamado «tercer poseedor», quien –aunque no resulta, desde luego, la hipótesis de la que parte el legislador ante transmisión de la finca hipotecada– dejará de considerarse tercero –con las importantes consecuencias que su diferente calificación, como iremos viendo, traerá consigo– si:

- Asume personalmente la deuda garantizada con la hipoteca.
- Tal asunción de deuda es consentida, expresa o tácitamente, por el acreedor.



Dándose ambas circunstancias, ya no podría hablarse de «tercer poseedor», al igual que en el negocio de la cesión de créditos el cesionario no puede calificarse de tercero con respecto al deudor que es notificado del cambio de acreedor.

Efectivamente, aunque el adquirente «se subrogue» (en el decir del art. 118, párr. 1.º de la LH), manifieste en el acto de transmisión su voluntad de asumir la deuda personalmente (a saber, poniendo en juego los demás bienes de su patrimonio), el transmitente solo quedará por su parte desligado («desobligado») si el acreedor presta su consentimiento al cambio de deudor pretendido. De no consentirlo, ante el incumplimiento podrá el acreedor dirigirse tanto contra el transmitente, que no habría dejado de estar obligado personalmente con el conjunto de su patrimonio, como frente al adquirente, entendiéndose que si trata a este como único deudor, sin circunscribir su reclamación, por tanto, en torno al bien hipotecado (circunstancia a valorar por los tribunales en cada caso), vendrá a consentir por la fuerza de los hechos la sustitución del deudor convenida.

Independientemente de ello, esto es, se asuma o no por el adquirente la deuda garantizada, si en el acto de transmisión se hubiere descontado el importe al tiempo debido del precio a pagar por el bien o se hubiere retenido por el comprador para pagar él después al acreedor, si con todo después la obligación fuera satisfecha, no obstante, por el transmitente, quedará este subrogado en el lugar del acreedor hasta tanto se le reintegre el total importe descontado o retenido (art. 118, párr. 2.º de la LH). Pero quede claro que el hecho de haberse descontado o retenido no significa sin más, por la máxima *res inter alios acta non nocet*, el consentimiento necesario del acreedor para desligar al transmitente; como tampoco el descuento o retención practicada significará que el comprador haya querido asumir personalmente la deuda si no surge ello explícitamente del acto de transferencia.

EJEMPLO 1

Véase el enunciado 2 de los Ejercicios Voluntarios de esta Unidad.

3.2. POR EL LADO ACTIVO

Por su primordial accesoriedad no resulta posible en la posición activa de la relación hipotecaria la escisión de la titularidad del crédito y de la garantía en dos personas

distintas. No cabe, por tanto, que se dé una situación como la que se ha descrito para la vertiente pasiva. El titular del crédito asegurado siempre será titular de la garantía, mientras aquel subsista o esta no se extinga por una causa independiente; por ejemplo, porque el acreedor renuncie formalmente a ella; consecuentemente, tampoco puede cederse el crédito sin que lo acompañe la garantía.

Lo que, justamente, sí se presenta factible, por no violentar la identidad de roles que se comenta, es que el crédito hipotecario tenga varios titulares, a saber, existan varios acreedores. Pero, como la hipoteca accede al crédito, es lógico que las reglas de la pluralidad crediticia repercutan sobre ella. De esta manera, cabe hablar de una hipoteca en régimen de solidaridad, mancomunidad o parciariedad.

EJEMPLO 2

Así, un crédito es solidario, sabemos, si cualquiera de los acreedores está legitimado o cualquiera de los deudores está obligado respecto a la total prestación debida. En el primer caso, el de la solidaridad activa, nada obsta a que su cumplimiento se asegure mediante hipoteca. Para ello, no se precisaría determinar la cuota que hubiera de ostentar cada acreedor sobre ella, según ordena hacer el artículo 54 del Reglamento Hipotecario (RH), pues, como ha resaltado la Dirección General de los Registros y del Notariado, la exigencia de esa medida contravendría la propia esencia de la solidaridad, en cuya virtud uno solo de los acreedores gozaría de la facultad de reclamar y recibir el objeto íntegro de la obligación, haciendo posible la cancelación de la hipoteca, aun cuando quedaran a salvo las acciones que frente a él, y conforme a las relaciones internas que existieran entre los acreedores, correspondieran a los demás.

4. ELEMENTOS OBJETIVOS

4.1. EL INMUEBLE COMO SOPORTE COMÚN DE LA HIPOTECA

En el concepto de hipoteca brindado al comenzar esta Unidad se partía de la base de que fuera el dominio, el derecho real pleno sobre un inmueble, el objeto de gravamen. Por supuesto sigue siendo lo más común, como allí se anticipaba, aunque la legislación admita la hipoteca de casi la totalidad de derechos reales inmobiliarios distintos a aquel.



Se exceptúan las servidumbres, que no son transmisibles si no se hace lo propio con el fundo al que benefician, y los derechos de uso y habitación, por su consustancial apego a las necesidades vitales del titular (art. 108 de la LH). En lo demás, como se dice, y enumera el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, pueden hipotecarse:

1.º El **derecho de usufructo**, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Y es que si concluyere por su exclusiva voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido.

EJEMPLO 3

Pedro es usufructuario de un inmueble propiedad de Juan, usufructo que, pasado un tiempo, hipoteca en favor de Claudio. Es lógico que el fallecimiento de Pedro suponga la extinción de su derecho y con él la de la hipoteca que lo gravaba. Pero si Pedro renuncia al usufructo, la renuncia no podrá perjudicar a Claudio, cuya hipoteca en realidad impedirá que la renuncia produzca sus naturales efectos, en concreto, la extinción del derecho de usufructo, hasta que la hipoteca no se extinga por sus causas propias (sin ir más lejos, el pago) o hasta el fallecimiento de Pedro, como si este nunca hubiera renunciado.

2.º La **nuda propiedad**, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella, en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá al usufructo, salvo pacto en contrario.

EJEMPLO 4

Pedro es usufructuario de un inmueble propiedad de Juan. Si Juan hipoteca la nuda propiedad, la extinción del derecho de Pedro supondrá la consolidación del dominio de Juan, extendiéndose consecuentemente la hipoteca en torno a la integridad de facultades del dominio hasta ese momento comprimida por la existencia del usufructo.

3.º Los **bienes anteriormente hipotecados**, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.

> **Precisiones**
>
> Un bien podrá hipotecarse cuanto con su valor de mercado pueda admitirse por los distintos acreedores que hayan de financiar a su propietario. La relación entre hipotecas se someterá al principio de prioridad, considerándose preferente el acreedor de la hipoteca que primero se haya registrado. Esta jerarquización legal entre hipotecas obliga a considerar ineficaz el pacto de no volver a hipotecar un bien (como cualquier otro que disponga la inenajenabilidad del derecho gravado), pues el acreedor no se verá por principio perjudicado en sus expectativas porque el deudor constituya luego una segunda hipoteca en favor de un tercero.

4.º El **derecho de hipoteca voluntaria**, pero quedando pendiente, la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.

> **Precisiones**
>
> El inciso se refiere a la subhipoteca, modalidad de gravamen con escasísimos precedentes, sin duda, por las dificultades interpretativas que plantea. Por su virtud, parece que al vencimiento del crédito subhipotecario (el garantizado con el segundo gravamen que es la subhipoteca), y no pagado este, el único legitimado para ejecutar la hipoteca gravada sería el acreedor subhipotecario. En cuanto a un posible pago voluntario, la situación resultaría en algún punto similar a la prenda de créditos, en cuanto notificado de la subhipoteca quien es deudor en la relación crediticia principal (la garantizada con la hipoteca por la subhipoteca gravada), no tendrá derecho a exigir la cancelación de la garantía si no cuenta con el consentimiento del acreedor subhipotecario o ha consignado la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere, obviamente, igual o inferior a la garantizada por la hipoteca (art. 175.4.ª, del RH).

5.º Los **derechos de superficie**, **pastos**, **aguas**, **leñas** y otros semejantes de naturaleza real.

6.º Las **concesiones administrativas de minas**, **ferrocarriles**, **canales**, **puentes y otras obras destinadas al servicio público**, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio,



pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.

7.º Los **bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia**, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, al objeto de que, si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, salvo mediar autorización o mandato judicial.

Precisiones

Siguiendo la doctrina mayoritaria, como hace Chico, sobre esta modalidad objetiva de hipoteca cabe advertir que quien adquiere un inmueble, respecto al cual el vendedor puede ejercitar el derecho de retracto, puede igualmente hipotecar el bien cuyo dominio es entonces resoluble. La hipoteca se extinguirá como consecuencia del ejercicio de retracto por parte del vendedor. Pero la especialidad del supuesto, que, en otro caso, caería dentro de la órbita genérica del número 10.º del artículo 107, consiste en que el comprador ha de limitar la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la compraventa por el ejercicio de retracto (normalmente el equivalente al precio en su día entregado).

No obstante, si la hipoteca se constituye por una cantidad mayor, la hipoteca sería igualmente válida, aunque la garantía no operaría por el exceso más que en el supuesto en que el retrayente no ejercitase su derecho en el plazo que para ello se le haya reconocido, extinguiéndose de este modo su derecho de retracto y quedando la finca libre de esta causa de resolución de la propiedad. Dicho de otro modo: no puede estimarse que la hipoteca recaiga sobre la cantidad que el comprador deba recibir del vendedor, sino que recae sobre el dominio resoluble; es este el que se pone en garantía del crédito correspondiente, valga lo que valga. Es verdad que este valor rondará la cantidad que habrá de recibirse cuando el titular del derecho de retracto quiera recuperar la finca que en su día vendió; pero también podrá consistir en el valor total de la misma ante la posibilidad de que pueda caducar, por falta de ejercicio, el derecho de retracto.

De la garantía se habrá de dar conocimiento al vendedor, contrayendo este la obligación de no hacer entrega al comprador de la cantidad necesaria para retraer los bienes, de no mediar autorización judicial o consentimiento (el inciso habla de conocimiento, lo cual es a todas luces insuficiente) del acreedor al ser avisado de la intención de realizar el pago. Téngase en cuenta, en este sentido, que el ejercicio del retracto provocará la extinción de la hipoteca, por lo que la medida se entiende de modo que la garantía quede sustituida, en virtud del mecanismo de la subrogación real, por el depósito del importe que el retrayente ha de desembolsar.

8.º El **derecho de retracto convencional** (*vid*. sobre su régimen común la Unidad didáctica 5), si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que este tenga derecho, y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. Si el vendedor ejercita el derecho de retracto, no solo subsistirá la hipoteca, sino que esta recaerá directamente sobre los bienes retraídos.

Precisiones

La constitución de la hipoteca sobre el derecho de retracto traería consigo las siguientes posibilidades, en opinión de Cordero Lobato:

- Si en el momento de la ejecución el vendedor ya hubiera ejercitado el derecho de retracto, la hipoteca recaería por subrogación real sobre el inmueble retraído, sin necesidad, por tanto, de constituir una nueva hipoteca sobre el mismo.
- Si los bienes todavía no hubieran sido retraídos, el acreedor podrá ejercitar el derecho de retracto en lugar del deudor, pero en su nombre. Como esa posible anticipación de fondos no estaría por principio cubierta por la hipoteca, se antoja previsible que, a la hora de instrumentar el crédito hipotecario, el deudor haya asumido el compromiso frente al acreedor de ejercitar el retracto, fijándose un máximo para la hipoteca, determinado precisamente por el dinero entregado a crédito y el precio que el acreedor habría de desembolsar frente al retraído para ejercer, si el deudor no cumple un tiempo antes del fijado legalmente o convencional para hacerlo (para darle tiempo al acreedor en su caso), el retracto.

9.º Los **bienes litigiosos**, quedando la hipoteca a expensas de lo que se resuelva en el pleito.

10.º Los **bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas**, en que la hipoteca se extinguirá al resolverse el derecho del hipotecante.

11.º Los **pisos o partes susceptibles de aprovechamiento independiente** conforme al régimen de la propiedad horizontal.

12.º El **derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial**, de suerte que, una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsista, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.



Compruébese cómo el precepto se aprovecha por el legislador para descartar las dudas que pudiera suscitar la hipotecabilidad del dominio en particulares circunstancias, como en los números 2.º, 3.º, 7.º, 9.º, 10.º y 11.º. En otros, su previsión habilita la anticipación de la hipoteca con respecto a bienes en expectativa de ser adquiridos por el constituyente del gravamen; así en los números 8.º o 12.º.

4.2. HIPOTECAS CONJUNTA Y SOLIDARIA: EL GRAVAMEN SOBRE DOS O MÁS INMUEBLES

Si es menester, por no cubrirse con el valor esperado de un bien el montante de la deuda que se garantice, no existe obstáculo para que se aporten, se constituyan en garantía varios inmuebles. El artículo 119 de la Ley Hipotecaria exige, en tal caso, que se determine la cantidad o parte de gravamen de que cada uno deba responder. La distribución del crédito respecto de los distintos inmuebles es imprescindible para que la hipoteca se inscriba, como dispone el artículo 216 del Reglamento Hipotecario. La previa distribución del crédito entre los distintos bienes vendría a posibilitar su tráfico, en cuanto los terceros interesados sabrán a ciencia cierta antes de formalizar su adquisición el importe máximo de responsabilidad que pendiera sobre ellos ante el incumplimiento y la ejecución consecuente (*vid.*, en este sentido, el art. 120 de la LH).

Aún más, pasando alguna de las fincas a tercer poseedor, se le reconoce a este la facultad de pagar voluntariamente, de compeler al acreedor a que reciba el pago equivalente a la responsabilidad individualmente cifrada y que autorice «la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas» (art. 221 del RH).

El anterior es el supuesto que podemos referir con la denominación de hipoteca conjunta. La indivisibilidad se encuentra en él matizada por el principio de especialidad o determinación hipotecaria para cuando alguna de las fincas gravadas haya pasado a terceros. Mientras ello no suceda, la doctrina conviene en que el deudor no podrá imponer al acreedor una cancelación parcial del gravamen por más que llegue a abonar el importe exactamente distribuido para cualquiera de los inmuebles hipotecados; todos y cada uno de ellos responderán del total de la deuda, independientemente de que haya operado la distribución y esta se disponga como imprescindible en la ley. Si se ha de concretar, no es con miras al deudor o constituyente, sino a eventuales terceros.

A diferencia de la hipoteca conjunta, la hipoteca es solidaria, desde el punto de vista objetivo, cuando no ha mediado la previa distribución de responsabilidad entre las fincas implicadas. Esto sucede en la hipótesis, común en el ámbito de la construcción,

en que lo realmente hipotecado en un principio hubiera sido una sola finca que luego se segregara en dos o más. De esta situación sobrevenida se ocupa el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, que refiere que no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, salvo cuando lo acordaren acreedor y deudor voluntariamente. De modo que «No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez».

Precisiones

A contrario sensu, en caso de agrupación, donde a la finca hipotecada se agrega «por obra y decisión del hombre» otra finca o una parcela de terreno segregada de otra, la hipoteca no se extenderá sobre «lo agregado».

4.3. LA AMPLIA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA GARANTÍA

En el caso ordinario de que el objeto gravado sea la propiedad de un inmueble, se extiende la hipoteca, en primer término, a la finca, en el estado en que se encuentre al constituirse el derecho real, pero también a ciertas cosas con ella relacionadas: son sus accesorios. Con respecto a estos, no obstante, la extensión del vínculo hipotecario no es siempre la misma:

- **Extensión ordinaria de la hipoteca.** Establece el artículo 109 de la Ley Hipotecaria que «la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados».

  A continuación, el artículo 110 añade que «conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario [...]», enumerando una serie de elementos.

  En virtud de uno y otro precepto, por tanto, quedan sujetos a la hipoteca:

  – La finca en sí misma, con sus partes integrantes al tiempo de constituirse.



- Las accesiones naturales (por ejemplo, la agregación de terrenos por obra de la naturaleza) y mejoras (por ejemplo, nuevas plantaciones, elevación de edificios preexistentes, obras de comodidad o adorno).
- Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de estos (como las derivadas de seguros o por motivo de la expropiación total o parcial del inmueble).

• **Extensión pactada de la hipoteca.** Dice el artículo 111 de la Ley Hipotecaria:

> «Salvo pacto [...] en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea su naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá:
>
> a) Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.
>
> b) Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren y, por tanto, aunque como frutos pendientes constituyan todavía parte integrante de un inmueble.
>
> c) Las rentas vencidas y no satisfechas, al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada».

Por tanto, estos bienes solo quedarán incluidos en la garantía en caso de que se haya previsto expresamente en el título constitutivo.

• **Extensión de la hipoteca frente al tercer poseedor.** Con todo, según el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, se limitan las anteriores reglas, de modo que la hipoteca no se extenderá:

- A las mejoras costeadas por el nuevo dueño, salvo las que consistan propiamente en obras de conservación, mantenimiento o seguridad.
- A los muebles colocados permanentemente en los edificios siempre que se hayan costeado por el nuevo dueño.
- A los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del nuevo dueño.

Si la hipoteca se ejecuta, es evidente que todo aquello a lo cual no se extiende no debe entrar en la ejecución, permaneciendo en la propiedad del tercer poseedor. Pero el artículo 113 de la Ley Hipotecaria le da opción a exigir su importe, en cuyo caso se enajenarán con la finca, o a retener los objetos, si pudiese hacerse sin menoscabo de la finca. Si no se pudiere, cobrará su importe con el precio obtenido en la ejecución, aunque lo que reste no cubra el crédito del acreedor. Si pudiesen ser separados y hubiere optado por el precio, se enajenarán por separado de la finca a fin de que lo obtenido de ellos quede a su disposición.

4.4. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA CON LA HIPOTECA

Dada la naturaleza de la hipoteca como derecho accesorio, de garantía y realización de valor, no puede concebirse sin una obligación garantizada y hasta la cuantía máxima que conste en el Registro. En este punto, rige el principio general del artículo 1.861 del Código Civil, según el cual toda clase de obligaciones puede ser objeto de esta garantía.

Específicamente, en cuanto al capital de la obligación, la hipoteca garantiza la obligación por el importe que aparece en el Registro o, en su caso, hasta la cantidad máxima prevista en su asiento. Como toda obligación puede garantizarse mediante hipoteca, las obligaciones que consisten en un hacer u omisión a cargo del obligado, para que puedan serlo deben cifrarse en una cantidad por los interesados en el título constitutivo. Del mismo modo, puede garantizarse el saldo que resulte de una apertura de crédito en cuenta corriente, supuesto paradigmático donde, al principio de la relación, mientras no se haga disposición de fondos por el interesado, no existirá deuda alguna, ni podrá saberse, dentro de la cifra máxima de responsabilidad fijada por las partes, si se deberá algo al final y, en su caso, cuánto. Pese a ello, la hipoteca podrá inscribirse desde un principio con tal de que se haga concreción de ese montante máximo al que debe extenderse la cobertura.

Específicamente, en cuanto a los intereses, cuando no existen otros elementos personales distintos del acreedor y el deudor hipotecario (o constituyente), la hipoteca asegurará todos los intereses que devengue el crédito, sea cual sea su cantidad. La garantía es, en este sentido, total.

En cambio, frente a terceros, más concretamente, frente a un tercer poseedor, el sistema funciona con arreglo al principio de limitación o tope máximo, limitándose los intereses a los de los dos últimos años, más la parte vencida de la anualidad corriente, limitación



legal que opera salvo pacto en contrario en el título constitutivo de la hipoteca, aunque la Ley Hipotecaria igualmente prohíbe que por ese eventual pacto la hipoteca pueda asegurar intereses por un plazo superior a cinco años (art. 114).

5. ELEMENTOS FORMALES

De los derechos reales codificados, la hipoteca es el único cuya constitución precisa de inscripción registral. Para su inscripción, añade el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se requiere además que se haya formalizado en escritura pública.

En este punto, por su especialidad constitutiva, debe hacerse mención de las hipotecas legales, aquellas que, a diferencia de las comunes o voluntarias (art. 138 de la LH), están previstas para la protección de ciertos y tasados créditos; véase su lista en el artículo 168 de la Ley Hipotecaria.

En efecto, en relación con las hipotecas legales, el acreedor que se considere con derecho al respecto debe presentar un escrito en el juzgado o tribunal del domicilio del obligado a prestarla, pidiendo que se constituya la hipoteca, fijando la cantidad por que deba constituirse y señalando los bienes que puedan ser gravados en ella o, por lo menos, el Registro donde hayan de constar inscritos.

El juez o el tribunal, en su vista, mandará comparecer a su presencia a todos los interesados en la constitución de la hipoteca, a fin de que se avengan, si fuere posible, en cuanto al modo de verificarla. Si fuera así, mandará el juez o el tribunal constituir la hipoteca en los términos que se hayan convenido. Pero, si no se avinieren, ya sea en cuanto a la obligación de hipotecar o ya en cuanto a la cantidad que deba asegurarse o a la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio por la vía de los incidentes.

6. RANGO Y PRIVILEGIO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

La constitución de una hipoteca concede al titular del crédito garantizado una doble condición de beneficio. El hipotecario es, ante todo, un acreedor especialmente privilegiado [arts. 1.923.3.º del CC y 90.1.1.º de la Ley Concursal (LC)], privilegio que se extiende al capital más los intereses en la medida arriba señalada.

Pero, por otro lado, el hipotecario se trata de un acreedor con garantía real, lo que le atribuye un poder directo de exclusión, materializado en la posibilidad de perseguir la cosa quienquiera que la tenga. Además, en virtud de esta misma faceta, se le reconoce la facultad de instar la ejecución o enajenación separada (y aun anticipada) de la finca, incluso una vez abierto el concurso universal con respecto a la persona del obligado hipotecario (art. 155 de la LC).

Apuntadas las dos perspectivas para el análisis, se ha de decir que el concepto de rango puede aplicarse por igual –para no complicar– a ambas, habida cuenta de que una y otra se despliegan simultáneamente y se determinan justo por el mismo momento, conforme a las reglas de la prioridad registral (arts. 1.927.2.ª del CC, 24 y 25 de la LH, 90.2 y 155.3, párr. 2.º, de la LC). Y es que, por principio, el criterio de determinación del rango –a ambos efectos– se hace depender del momento, del tiempo concreto en que se presente la escritura hipotecaria en el Registro, con base en la máxima *prior in tempore*, *potior in iure*.

7. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA HIPOTECA

7.1. LA ACCIÓN DE DEVASTACIÓN

Tal y como se comenzaba señalando en esta Unidad didáctica, en la hipoteca, en expresión que podría extenderse a las demás garantías reales, se distinguen dos etapas: la de seguridad y la ejecutiva. En la fase de seguridad todo el contenido del gravamen se reduce a una relación de especial sujeción sobre la finca, donde cabe que el propietario ejercite sus facultades dominicales con total libertad, con tal de que no perjudique –intencional o desproporcionadamente– el valor del inmueble, y con él, la garantía.

Precisiones

El propietario de la finca hipotecada (sea deudor o un tercero) conserva, así, los siguientes derechos:

- Poseer de la finca, usar de ella y disfrutarla.
- Disponer de la misma a título gratuito u oneroso, aunque, por el supuesto, con el gravamen de la hipoteca.
- Gravarla con otros derechos reales limitados, incluso con una segunda o ulterior hipoteca.



La segunda fase, la de satisfacción, comienza a partir del eventual instante en que el acreedor reclame, ante el incumplimiento del deudor, la realización efectiva del gravamen, vale decir, la venta forzosa de la finca.

Específicamente, en relación con la fase de seguridad de la hipoteca, el principio consiste en que el propietario conservará el ejercicio de todas las facultades inherentes al dominio, salvo que en su concreta implementación deteriore el valor de la finca. Si fuera el caso, el acreedor cuenta con la llamada acción de devastación que le confiere el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, según el cual:

> «Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitarlo o remediar el daño.
>
> Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.
>
> [...]».

Precisiones

El Reglamento Hipotecario entiende que procederá la acción de devastación en el caso de que se arriende el inmueble hipotecado por una renta anual en proporción ostensiblemente inferior al valor del inmueble (art. 219.2.º). El quebranto del valor de la garantía consistiría aquí en el hecho de que, si se ejecutara ante el impago la finca, como el rematante o adjudicatario en la pertinente subasta debería respetar el periodo legal mínimo establecido en la legislación arrendaticia a cambio de un alquiler sensiblemente inferior a lo que el inmueble valdría según mercado, el montante que se obtendría en la subasta bajaría en consecuencia. El reglamento, además, se muestra mucho más amplio que la ley en cuanto a las medidas posibles a adoptar por la autoridad judicial, facultándole para declarar vencido el crédito, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor, decretar la administración judicial o cualquier otra que estime procedente.

El artículo 117 de la Ley Hipotecaria, se reitera, habilita un instrumento de protección frente a los actos que, cometidos voluntariamente por el propietario, pudieran suponer un quebranto respecto de las condiciones tenidas en cuenta al formalizarse la garantía. Si la hipoteca se perfila como el más importante de los derechos de realización de valor, el ordenamiento ha querido proveer en beneficio de su titular algunos medios para poner fin a aquellas conductas que fraudulentamente lo mermen. Pero la acción de devastación no sería el único. También, el vencimiento del plazo de la obligación según el artículo 1.129.3.° del Código Civil, en cuya sede se advierte sobre la pérdida para el deudor de su derecho a utilizar el plazo acordado si disminuyen voluntariamente las garantías comprometidas una vez establecidas o incluso «cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

7.2. EL SEGURO DE DAÑOS Y EL DE AMORTIZACIÓN DEL CRÉDITO

La garantía hipotecaria se extiende, como sabemos, al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados. Sin embargo, la contratación del seguro por el deudor no se disciplina como legalmente obligatoria, aunque es cláusula de estilo en las escrituras hipotecarias, donde también suele estipularse que el incumplimiento del deudor en el correspondiente pago de la prima sea causa de vencimiento anticipado del crédito.

La Ley Hipotecaria en su artículo 110 se refiere, desarrollándolo, al supuesto. En su virtud se consideran «hipotecadas» juntamente con el inmueble:

> «Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de estos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

Más exactamente, la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, forja el régimen vinculante para los tres sujetos involucrados (el deudor, quien lo más común es que reúna a



la vez las condiciones de tomador y asegurado; la compañía aseguradora y el acreedor hipotecario), en cuanto al deber de notificación a la compañía de seguros y el modo de proceder por esta tras ser notificada.

Establece, en tal sentido, el artículo 40 de esta ley que el tomador del seguro o el asegurado (en el caso de que sean personas distintas) deberán comunicar al asegurador la constitución de la hipoteca cuando tuviera conocimiento de su existencia. Consecuentemente, el asegurador a quien se haya notificado su existencia no podrá pagar la indemnización debida sin el consentimiento del titular del derecho real de hipoteca, reiterando, para el caso de contienda entre los interesados o si la indemnización hubiera de hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación garantizada, la obligación de depositar «su importe en la forma que convenga a los interesados, y en defecto de convenio en la establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

Con todo, se establece no obstante que el asegurador podrá pagar la indemnización al deudor hipotecario si transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación del siniestro a los acreedores estos no se hubiesen presentado, quedando liberado de toda responsabilidad.

El artículo 41 de la Ley 50/1980 se ocupa de un caso muy distinto pero de capital importancia para el mantenimiento de las expectativas del acreedor respecto del bien hipotecado: el de la extinción del contrato de seguro, el cual, por la norma, se declara inoponible al acreedor hipotecario hasta que transcurra un mes desde que se le comunique el hecho que motive la extinción. De esta manera, el acreedor podrá pagar la prima impagada por el tomador del seguro o por el asegurado, aun cuando cualquiera de estos se oponga. Se hace, pues, esencial, como termina mandando hacer el precepto, que el asegurador notifique al acreedor el impago en que incurra el asegurado, a partir de cuya fecha correrá ese plazo de un mes referido.

Tal sería el panorama general sobre el seguro de daños de finca hipotecada. Con él, sin embargo, convive desde hace un buen tiempo otra clase de seguro, que más técnicamente puede llamarse de «amortización». Este seguro se conviene con miras a resarcir al acreedor, no ya ante la destrucción física o una desvalorización del inmueble por causas extraordinarias, sino ante el imprevisto de que el deudor fallezca estando pendiente la devolución del préstamo o, incluso, sufra una enfermedad que lo incapacite con mengua de sus ingresos. En su configuración, estamos ante un negocio que a modo de caución servirá para que el acreedor se reintegre de lo que se le deba, sin quedar atrapado en la sucesión del difunto, en el primer caso, ni tener que pasar por la ejecución, en el segundo.

8. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Existen tres posibles procedimientos para la ejecución de un bien hipotecado: el ejecutivo ordinario (arts. 538 y ss. de la LEC), el ejecutivo hipotecario (arts. 681 y ss. de la LEC), cuya autonomía puede cuestionarse por cuanto se construye fijando toda una serie de particularidades respecto del ordinario, y el hipotecario extrajudicial ante notario (arts. 234 y ss. de la LH). La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 no solo recogería una nueva regulación para los dos primeros, sino que habría de reconocer la constitucionalidad del tercero, que en la Sentencia de 4 de mayo de 1998 había negado el Supremo.

La ejecución, como suele terminar, es mediante la aprobación del remate con la consecuente aplicación de la suma obtenida al pago de lo adeudado, o con la adjudicación de la finca al acreedor ejecutante. En todo caso, será causa de extinción de la garantía y del derecho que se habría ejecutado, el cual pasaría a la titularidad del rematante o adjudicatario. Si la cantidad resultante fuera inferior a lo adeudado, podrá el acreedor dirigirse contra los demás bienes del deudor. Si fuera superior, se destinará el importe, y por su orden, para pagar a los titulares de derechos que por tener un rango registral inferior al de la hipoteca hubieran de extinguirse como consecuencia de la ejecución; no habiendo ninguno o habiéndose pagado todos los que fueren, si todavía quedara sobrante, este se entregará al ejecutado.

En sede registral, el resultado de la ejecución se hará constar practicando las inscripciones pertinentes, para cuya realización será necesario presentar testimonio de la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor. Habrán de cancelarse tanto la inscripción del derecho de hipoteca como los asientos de rango inferior. La inscripción del derecho del ejecutado, normalmente el de dominio, no se cancelará expresamente, sino que quedará automáticamente ineficaz, sin requerir de ningún otro asiento, desde que se haga publicar en el mismo folio del inmueble el nuevo titular de ese derecho como consecuencia de la adjudicación o remate.

Precisiones

Por virtud del principio de prioridad, en su estricta aplicación registral, de no mediar una tercería de mejor derecho interpuesta en el procedimiento para variar entonces el orden del Registro, la ejecución de una hipoteca supondrá entonces la extinción de las cargas inscritas con posterioridad, permaneciendo, de existir, las que lo hayan hecho con anterioridad a la hipoteca ejecutada.



8.1. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO (O ESPECÍFICAMENTE HIPOTECARIO)

La demanda deberá dirigirse frente al deudor, establece el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados. A ella se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que legalmente se exige para el despacho de la ejecución. No obstante, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

Luego, el juez, en el auto en que despache ejecución, mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro, requerimiento que se omitirá si constara que se hubiera efectuado fehacientemente antes. En tal momento también se solicitará del registrador certificación en la que se informe sobre la titularidad del dominio y los demás derechos reales de cualquier naturaleza sobre el bien gravado, advirtiendo, en su caso, si se encuentra libre de gravámenes.

El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido tal certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere, siendo que, en tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución (art. 688 de la LEC).

Transcurrido el término de 10 días desde el requerimiento de pago o, cuando este se hubiera efectuado extrajudicialmente, desde el despacho de la ejecución, el acreedor podrá pedir que se le confiera la administración interina de la finca o bien hipotecado. El acreedor percibirá en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos, rentas y productos posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito. A los efectos anteriormente previstos, la administración interina se notificará al ocupante del inmueble, con la indicación de que queda obligado a efectuar al administrador los pagos que, en otro caso, debiera hacer al propietario. Tratándose de inmuebles desocupados, el administrador será puesto, con carácter provisional, en la posesión material de aquellos. La duración de la administración que se conceda al acreedor no excederá, como norma general, de dos años. A su término, el acreedor rendirá cuentas de su gestión al tribunal, quien las aprobará, si procediese (art. 690 de la LEC).

A reserva de lo anterior, después de 30 días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y las notificaciones oportunas, se procederá a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor a la subasta de la finca o bien hipotecado. La subasta se anunciará con 20 días de antelación, por lo menos. El señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación, en el domicilio que conste en el Registro.

La subasta se seguirá conforme a las normas comunes en la materia, destinándose el precio del remate sin dilación a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado (arts. 691 y 692 de la LEC).

8.2. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO

La posibilidad de iniciar el ejecutivo ordinario y no el específicamente hipotecario, mucho menos común en la práctica, la ampara de manera incuestionable el estar siempre constituida la hipoteca en documento público y ser las escrituras de esta clase el título citado en primer término del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para aparejar ejecución. En caso de optar el acreedor hipotecario por este medio, podrá instar el embargo de bienes distintos al hipotecado, sin tener que esperar a comprobar cómo, tras la subasta de este, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito (art. 579 *in fine* de la LEC). Se trata de la gran diferencia que justificará a la postre que el acreedor opte por este segundo procedimiento.

8.3. EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Este procedimiento solo corresponde cuando se haya previsto en la escritura de constitución de hipoteca la facultad del acreedor de saldar de modo directo la deuda, en caso de vencimiento y morosidad. Habrá de estarse a lo pactado, siempre que no se violen normas de orden público.

Como se ha apuntado, la posibilidad de esta vía, secular por otra parte, fue cuestionada, al punto de declararse inconstitucionalidad la reglamentación donde se contenía por el Tribunal Supremo en su referida Sentencia de 4 de mayo de 1998. Se sostendría en tal sede que no cabía aceptar la legitimidad de tal procedimiento, puesto que la fun-



ción notarial (tan valiosa, por otra parte) no podría sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, al menos sin una norma de rango de ley que lo previera específicamente.

La doctrina discutió vivamente el pronunciamiento, debate abierto para cuando se dictara la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, entre cuyas disposiciones finales se dio nueva redacción al artículo 129 de la Ley Hipotecaria, para convalidar la opción cuestionada. El precepto dice, desde entonces:

> «La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil [relativo al juicio ejecutivo], con las especialidades que se establecen en su Capítulo V [concerniente al procedimiento sumario aquí referido]. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario».

Precisiones

En la reducción de costes (el factor de tiempo lo sería de suyo) se localizaría el principal interés de la venta extrajudicial del bien hipotecado. Tengamos siempre en cuenta que no puede haber un buen sistema de garantías (y de su mano un mercado de crédito eficiente) sin un sistema judicial que lo acompañe. Con esta intención se salvó la alternativa por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero también, un procedimiento de ejecución extrajudicial redunda en beneficio del deudor, quien, en particular, vendrá a ver minorados los gastos añadidos del proceso, pero además, y en general, porque si las garantías logran realizarse rápida y eficazmente ello, a la postre, debería aprovechar a todos los demás demandantes de crédito, en cuanto a las tasas de interés se refiere.

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- La **hipoteca** es un derecho real de realización de valor, en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e indivisible y de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables, que permanecen en la posesión del propietario.

- En cuanto a sus caracteres, el derecho de hipoteca es:

  – **Real**, ya que implica un poder directo sobre una cosa protegido frente a todos, haciéndose conocer a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

  – **Inmobiliario**, puesto que, a reserva de la introducción en nuestro ordenamiento de la hipoteca mobiliaria, solo pueden ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestas sobre bienes de tal clase.

  – **Accesorio**, por la función de garantía que cumple.

  – **De inscripción registral constitutiva**, imprescindible para que la garantía exista, goce de validez.

  – **Sometido absolutamente al principio de determinación o especialidad**, consistente en que la hipoteca no puede darse más que sobre bienes especialmente determinados y por suma o cantidad también indicada.

  – **Indivisible**, en tanto por principio la garantía, mientras no se cancele, subsiste íntegra, afectando a todas y cada una de las partes del inmueble.

  – **Que no implica desposesión de los bienes hipotecados**, característica esencial que diferencia la hipoteca del derecho real de prenda.

  – **De realización de valor**, ya que es inherente al mismo el llamado *ius distrahendi*, o facultad de poder imponer la enajenación de la cosa para que pueda satisfacerse con el precio la deuda garantizada, y ello aunque la cosa haya pasado a terceros, que quedarán sometidos al gravamen conforme al primero de los caracteres aquí enunciados.



- En cuanto a los elementos personales de la hipoteca, en su aspecto pasivo, la ley distingue entre el constituyente, normalmente el deudor de la obligación garantizada, y los que en su seno se llaman terceros poseedores, aquellos que pueden adquirir el inmueble gravado luego de constituida la hipoteca, que según sea el caso pueden asumir personalmente la deuda o no.

- Además del dominio pleno que se tenga sobre un inmueble, la ley declara hipotecables:

  – El **derecho de usufructo**, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por hecho ajeno a la voluntad del usufructuario.

  – La **nuda propiedad**, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella, en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá al usufructo, salvo pacto en contrario.

  – Los **bienes anteriormente hipotecados**, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.

  – El **derecho de hipoteca voluntaria**, pero quedando pendiente, la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.

  – Los **derechos de superficie**, **pastos**, **aguas**, **leñas** y otros semejantes de naturaleza real.

  – Las **concesiones administrativas de minas**, **ferrocarriles**, **canales**, **puentes y otras obras destinadas al servicio público**, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.

  – Los **bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia**, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, al objeto de que, si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, salvo mediar autorización o mandato judicial.

  – El **derecho de retracto convencional**, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que este tenga derecho, y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. Si el vendedor ejer-

cita el derecho de retracto, no solo subsistirá la hipoteca, sino que esta recaerá directamente sobre los bienes retraídos.

– Los **bienes litigiosos**, quedando la hipoteca a expensas de lo que se resuelva en el pleito.

– Los **bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas**, en que la hipoteca se extinguirá al resolverse el derecho del hipotecante.

– Los **pisos o partes susceptibles de aprovechamiento independiente** conforme al régimen de la propiedad horizontal.

– El **derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial**, de suerte que, una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsista, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.

• Si es menester, por no cubrirse con el valor esperado de un bien el montante de la deuda que se garantice, no existe obstáculo para que se aporten, se constituyan en garantía varios inmuebles. En tal caso se exige que se determine la cantidad o parte de gravamen de que cada uno deba responder. La previa distribución del crédito entre los distintos bienes vendría a posibilitar su tráfico, en cuanto los terceros interesados sabrán a ciencia cierta antes de formalizar su adquisición el importe máximo de responsabilidad que pendiera sobre ellos ante el incumplimiento y la ejecución consecuente.

El anterior es el supuesto que podemos referir con la denominación de hipoteca conjunta. La indivisibilidad se encuentra en él matizada por el principio de especialidad o determinación hipotecaria para cuando alguna de las fincas gravadas haya pasado a terceros. Mientras ello no ocurra, la doctrina conviene en que el deudor no podrá imponer al acreedor una cancelación parcial del gravamen por más que llegue a abonar el importe exactamente distribuido para cualquiera de los inmuebles hipotecados; todos y cada uno de ellos responderán del total de la deuda, independientemente de que haya operado la distribución y esta se disponga como imprescindible en la ley. Si se ha de concretar, no es con miras al deudor o constituyente, sino a eventuales terceros.

A diferencia de la hipoteca conjunta, la hipoteca es solidaria desde el punto de vista objetivo, cuando no ha mediado la previa distribución de responsabilidad entre las fincas implicadas. En estos casos, no habiendo distribución, podrá dirigirse el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas.



- En el caso ordinario de que el objeto gravado sea la propiedad de un inmueble, se extiende la hipoteca, en primer término, a la finca, en el estado en que se encuentre al constituirse la garantía. También a los accesorios naturales y a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los inmuebles hipotecados (como las derivadas de seguros o expropiación pública). Por su parte, aunque puede pactarse su inclusión en el título constitutivo, la hipoteca no se extiende por principio a los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto; a los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren y, por tanto, aunque como frutos pendientes constituyan todavía parte integrante de un inmueble; y a las rentas vencidas y no satisfechas, al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

  Con todo, cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, se limitan las anteriores reglas, de modo que la hipoteca no se extenderá a las mejoras costeadas por el nuevo dueño, con excepción de las consistentes en obras de conservación; a los muebles colocados permanentemente en los edificios, siempre que se hayan costeado por el nuevo dueño, y a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de su pertenencia.

- Dada la naturaleza de la hipoteca como derecho accesorio, de garantía y realización de valor, no puede concebirse sin una obligación garantizada y hasta la cuantía máxima que conste en el Registro. En este punto, rige el principio general por el cual toda clase de obligaciones puede ser objeto de esta garantía. Dicho ello, en cuanto al capital de la obligación, la hipoteca garantiza la obligación por el importe que aparece en el Registro o, en su caso, hasta la cantidad máxima prevista en su asiento.

  En cuanto a los intereses, cuando no existen otros elementos personales distintos del acreedor y el deudor hipotecario (o constituyente), la hipoteca asegurará todos los intereses que devengue el crédito, sea cual sea su cantidad. La garantía es, en este sentido, total.

  En cambio, frente a terceros, frente a un tercer poseedor o adquirente del inmueble gravado, el sistema funciona con arreglo al principio de limitación o tope máximo, limitándose los intereses a los de los dos últimos años, más la parte vencida de la anualidad corriente, limitación legal que opera salvo pacto en contrario en el título constitutivo de la hipoteca, aunque la Ley Hipotecaria igualmente prohibe que por ese eventual pacto la hipoteca pueda asegurar intereses por un plazo superior a cinco años.

- La constitución de una hipoteca concede al titular del crédito garantizado una doble condición de beneficio, comprendida bajo el concepto de rango hipotecario. El acreedor es, ante todo, un acreedor especialmente privilegiado, privilegio que se extiende al capital más los intereses en la medida señalada en el punto precedente. Pero, por otro lado, el hipotecario se trata de un acreedor con garantía real, lo cual le atribuye un poder directo de exclusión, materializado en la posibilidad de perseguir la cosa quienquiera que la tenga. Además, en virtud de esta misma faceta, se le reconoce la facultad de instar la ejecución o enajenación separada (y aun anticipada) de la finca, incluso una vez abierto el concurso universal con respecto a la persona del obligado hipotecario.

- Pese al gravamen, el propietario de la finca hipotecada (sea el deudor o un tercero) conserva los siguientes derechos:

  – Poseer la finca, usar de ella y disfrutarla.

  – Disponer de la misma a título gratuito u oneroso, aunque, por supuesto, con el gravamen de la hipoteca.

  – Gravarla con otros derechos reales limitados, incluso con una segunda o ulterior hipoteca.

  El principio, pues, consiste en que el propietario conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al dominio, salvo que en su actuación deteriore el inmueble en su valor o integridad física. Si fuera el caso, el acreedor cuenta con la llamada acción de devastación, instrumento de protección frente a los actos que, cometidos voluntariamente por el propietario, pudieran suponer un quebranto respecto de las condiciones tenidas en cuenta al formalizarse la garantía y por el cual puede solicitar del juez de primera instancia las medidas pertinentes para evitar o remediar el daño, poniéndose el inmueble en administración judicial de insistir el propietario en el abuso. El acreedor cuenta también con la facultad de instar el vencimiento del plazo de la obligación que se le reconoce con carácter general en el Código Civil.

- Existen tres posibles procedimientos para la ejecución de una hipoteca: el ejecutivo ordinario, donde puede dirigirse la acción contra el bien hipotecado pero también contra cualquier otro bien del deudor; el ejecutivo hipotecario, susceptibles de instarse únicamente contra los bienes hipotecados; y el hipotecario extrajudicial ante notario. La ejecución, como suele



terminar, es mediante la aprobación del remate con la consecuente aplicación de la suma obtenida al pago de lo adeudado, o con la adjudicación de la finca al acreedor ejecutante. En todo caso, será causa de extinción de la garantía y del derecho que se habría ejecutado, el cual pasaría a la titularidad del rematante o adjudicatario. Si la cantidad resultante fuera inferior a lo adeudado, podrá el acreedor dirigirse contra los demás bienes del deudor. Si fuera superior, se destinará el importe, y por su orden, para pagar a los titulares de derechos que por tener un rango registral inferior al de la hipoteca hubieran de extinguirse como consecuencia de la ejecucion; no habiendo ninguno o habiéndose pagado todos los que fueren, si todavía quedara sobrante, este se entregará al ejecutado.

En sede registral, el resultado de la ejecución se hará constar practicando las inscripciones pertinentes, para cuya realización será necesario presentar testimonio de la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor. Habrán de cancelarse tanto la inscripción del derecho de hipoteca como los asientos de rango inferior. La inscripción del derecho del ejecutado, normalmente el de dominio, no se cancelará expresamente, sino que quedará automáticamente ineficaz, sin requerir de ningún otro asiento, desde que se haga publicar en el mismo folio del inmueble el nuevo titular de ese derecho como consecuencia de la adjudicación o remate.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Cita cuatro derechos inmobiliarios hipotecables distintos al dominio pleno sobre una finca.

Enunciado 2

¿Cómo se concreta en la legislación el principio de indivisibilidad para las hipotecas?

Enunciado 3

Desarrolla las limitaciones establecidas en favor del tercer poseedor en relación con la extensión de la hipoteca con respecto a los accesorios del inmueble gravado y al crédito garantizado.

Enunciado 4

¿Cuáles son las facultades del acreedor durante la fase de seguridad de la hipoteca?

Enunciado 5

Indica las alternativas del acreedor para ejercitar *ius distrahendi* con respecto a la cosa o derecho gravado.



Solución 1

Escójanse del elenco del artículo 107 de la Ley Hipotecaria según se ha desarrollado en el epígrafe 4.1 de esta Unidad.

Solución 2

Por el principio de indivisibilidad, la hipoteca subsiste hasta el total pago o extinción de la obligación garantizada, gravando todo el bien, aun cuando este se divida, circunstancia en la que cada parte resultante habría de quedar igualmente vinculada al cumplimiento íntegro de lo debido (arts. 1.860 del CC, 122 y 123 de la LH). No obstante, sobre el principio de indivisibilidad se impone el de especialidad o determinación cuando *ab initio* se ponen en garantía dos o más fincas, supuesto en que se exige la distribución del importe total del crédito entre cada una; sin la fijación de la cantidad o parte del gravamen del que cada una deba responder no procederá la inscripción de la hipoteca (arts. 119 de la LH y 216 del RH). Se prescribe esto con vistas a terceros, en el intento de no perturbar el crédito inmobiliario, el tráfico de los bienes hipotecados con la sobregarantía que supondría una hipoteca solidaria (Cordero Lobato). Por ello, mientras no se disponga de alguna de las fincas hipotecadas, mientras no haya tercero, por más que se haya distribuido una cuota de responsabilidad respecto de cada una de ellas, el acreedor podrá dirigirse contra todas o cualquiera de ellas, a su criterio, y por el total de lo que se le deba.

Solución 3

En sus efectos, la relación hipotecaria varía enormemente si un tercero, sin sustituir al deudor en la relación obligatoria garantizada, adquiere el inmueble una vez constituida la garantía. La ley prohíbe las cláusulas de indisponibilidad del bien por el hecho de estar gravado, por lo que se trata de una contingencia muy frecuente en los hechos. Entre esas diferencias que se sostienen a nivel normativo destacan las relativas a la extensión de la garantía sobre los accesorios del bien gravado y los intereses del capital adeudado.

Por lo que respecta a los primeros, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, la hipoteca no se extenderá a las mejoras costeadas por él, salvo que consistan en obras de reparación, mera conservación o seguridad, a los muebles que haya colocado permanentemente en los edificios gravados ni a los frutos pendientes y rentas vencidas a las que este nuevo dueño tenga derecho.

En cuanto a los intereses, y salvo pacto en contrario, la hipoteca no asegurará además del capital sino los intereses de los dos últimos años trascurridos y parte vencida

de la anualidad corriente, no pudiendo extenderse ese eventual pacto a los intereses por plazo superior a los cinco años.

Solución 4

Frente a las facultades inherentes a su derecho de las que el propietario del bien o titular del derecho gravado no se desprende ni se ve desprovisto una vez constituida la garantía, y en tanto no corresponda la ejecución, el acreedor puede solicitar la adopción de las pertinentes medidas judiciales de protección si conoce de algún acto voluntario que menoscabe en su valor de mercado el bien o derecho hipotecado. Asimismo, el Código Civil reconoce al acreedor la facultad de dar por vencida la obligación cuando por actos propios del deudor o propietario hubiesen «disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

Solución 5

Tres son los procedimientos previstos en la legislación para el ejercicio del *ius distrahendi* por parte del acreedor hipotecario:

- El ejecutivo hipotecario.
- El ejecutivo ordinario.
- El extrajudicial ante notario.

Además, debe recordarse la posibilidad de que se pacte en el título constitutivo que el acreedor se quede con la cosa en pago de lo que se le deba siempre que ello se prevea a partir del concreto y objetivo valor de mercado del bien al momento de instar la atribución.



Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:



Enunciado 1

¿Qué sentido tiene el artículo 105 de la Ley Hipotecaria cuando expresa que la constitución de la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil?

Enunciado 2

Santiago es propietario de una finca que ha hipotecado en favor del Banco Hispania, pactándose la devolución del capital prestado más sus intereses en un plazo de seis años.

Pasados tres años, Santiago vende el inmueble a Guillermo, quien se subroga en el crédito respecto de la parte pendiente de amortizar, descontando su equivalente del precio convenido para la venta.

a) ¿Quién es deudor frente al banco luego de la transmisión efectuada a Guillermo?

b) ¿Qué consecuencias traería consigo que Guillermo deje de cumplir con la restitución de la parte del crédito a su cargo?

Enunciado 3

Pedro compra a Juan un piso por 120.000 euros, reservándose el transmitente la posibilidad de readquirir el inmueble en el plazo de los próximos cuatro años, para lo cual deberá restituir el precio recibido más su interés legal por el tiempo transcurrido.

a) ¿Podría Pedro hipotecar su propiedad antes del cumplimiento del plazo habilitado para la eventual readquisición por parte de Juan?

b) A su vez, ¿tendría Juan la posibilidad de hipotecar el inmueble mientras tanto?

Solución 1

Para la comprensión del precepto debe tenerse en cuenta la regla acerca de la responsabilidad patrimonial universal del deudor referida en el artículo del Código Civil al que remite el que comentamos de la Ley Hipotecaria. La constitución de una hipoteca por el deudor garantizará que, pudiendo ser enajenada a un tercero, pueda ejecutarse no obstante. Pero en modo alguno su venta o enajenación supone que el deudor quede liberado de sus obligaciones, ni que necesariamente haya de ejecutarse el bien hipotecado, cual excusión real, antes de dirigirse contra los bienes, no hipotecados, que integren el patrimonio del deudor. Del mismo modo, la ejecución de la hipoteca, cuando lo obtenido en la subasta no sea suficiente para liquidar la deuda en su totalidad, no impide que el acreedor pueda dirigirse a continuación contra los demás bienes del deudor.

La situación explicada se daría en iguales términos si un tercero adquiere la finca hipotecada, asumiendo con consentimiento del acreedor la deuda como propia, por cuanto en el procedimiento estrictamente hipotecario solo podría demandarse la ejecución de los bienes gravados y porque el tercero siempre podría disponer de su derecho en favor de otra persona.

Solución 2

a) El hecho de que haya retenido o descontado el precio en la compraventa de la finca hipotecada no hace que el vendedor deje de ser deudor, por más que por la «subrogación» pactada, siguiendo la terminología del artículo 118 de la Ley Hipotecaria en su primer párrafo, el comprador se convierta en deudor cumulativo frente al acreedor. Y es que el supuesto no nos dice que el acreedor haya participado en el acto de la compraventa, ni que haya consentido de alguna forma la sustitución en lado pasivo de la relación obligatoria.

   Tendría, pues, el acreedor la oportunidad de demandar a ambos sujetos y dirigirse contra cualquiera de los bienes de ambos, con una importante particularidad: si se dirigiera contra Guillermo sin limitar su pretensión en torno al bien hipotecado, se ha de entender que vendría a consentir tácitamente la «subrogación», liberando en consecuencia al deudor primitivo –en nuestro caso, Santiago– de toda responsabilidad y quedándose con el adquirente, Guillermo, como único deudor.



b) El artículo 118 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo, prevé el supuesto. En el caso de que Guillermo dejara de cumplir con el abono de la parte del crédito equivalente a la parte del precio descontada en la compraventa, si Santiago fuera requerido por el banco y terminara pagando, quedaría subrogado en la hipoteca, *ope legis*, sin que por tanto se extinguiera esta, hasta que el comprador, Guillermo, le reintegrara de lo que hubiera pagado al banco; el precepto dice «del importe de lo retenido o descontado», aunque se han de considerar incluidos asimismo los intereses que por no haber cumplido Guillermo voluntariamente, y conforme a lo pactado, se hubieran reclamado por el banco a Santiago.

Solución 3

a) Sí, aunque con la misma carga que supondría para el dominio el retracto; sobre la hipoteca pendería así la posibilidad de su extinción si Juan ejerciera el retracto.

   El artículo 107.7.º de la Ley Hipotecaria, dispone, además, que la hipoteca deberá circunscribirse al importe necesario para ejercitar el retracto (en nuestro caso, a esos 120.000 € más sus intereses), debiéndose notificar de la constitución de la garantía a Juan, de modo que no abone a Pedro el dinero sin contar con el consentimiento del acreedor hipotecario o autorización judicial habilitante.

   El consentimiento del acreedor, o en su defecto, la pertinente autorización judicial, se requiere exclusivamente si se trata del pago al deudor-retraído (Pedro), pero no para efectuar la consignación del respectivo importe, medio a cuyo través el retrayente (Juan) impedirá que la hipoteca venga a dilatar su deseada readquisición. La regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario lo confirma, en cuanto posibilita la cancelación de la hipoteca sobre bienes sujetos a condición resolutoria (siendo tal a la postre el supuesto), si se presenta documento que acredite la consignación en un establecimiento bancario o caja oficial del importe necesario para dar por resuelta la adquisición operada previamente sobre tales bienes.

b) Sí, precisamente en su calidad de titular del derecho de retracto convenido con Pedro a la hora de transmitirle el inmueble, pero, obviamente, dentro de los límites conferidos por ese su derecho.

En efecto, si el bien sujeto al posible ejercicio de retracto puede ser hipotecado estando en este caso ante una hipoteca sometida a condición resolutoria, en la hipoteca del derecho de retracto, o mejor dicho, del bien que como consecuencia del ejercicio del derecho de retracto habría de adquirirse, estamos ante una hipoteca sobre un bien del que no se es propietario mientras no se retraiga; ante una hipoteca, pues, que grava un derecho de propiedad suspensivamente condicionado.

De ella se ocupa el número 8.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria. La previsión legal trata de proteger al acreedor hipotecario facultándole a ejercitar en nombre del deudor (Juan) el derecho de retracto, al objeto de evitar que por cumplirse el plazo convenido dentro del máximo legal establecido (que se fija específicamente en cuatro años, según el artículo) sin ejercitarse el retracto, la hipoteca pierda todo sustento, quede extinta.

La constitución de la hipoteca tendría la virtud, así, de incidir sobre el típico carácter potestativo del retracto, ya que, aunque por principio su titular nunca está obligado a retraer, la constitución de la hipoteca supondrá que el deudor haya de soportar la decisión de retraer que adopte en su nombre el acreedor.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

CHICO Y ORTIZ, J. M.ª: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Marcial Pons, 1994.

DÍAZ FRAILE, J. M.ª: *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.



ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, tt. VII y VIII, Barcelona, Bosch, 1998 y 1999.

Avanzada

ÁVILA NAVARRO, P.: *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1990.

DÍEZ GARCÍA, H.: *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et ál.: *Elementos de Derecho civil*, t. III-2.º, Madrid, Dykinson, 2009.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Los créditos hipotecarios*, Madrid, Reus, 1977.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. (coord.): *Hacia un nuevo Derecho hipotecario: estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2008.

RICA Y ARENAL, R. de la: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de la hipoteca», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1948, págs. 307 y ss.

UNIDAD DIDÁCTICA

3 LA HIPOTECA MOBILIARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión
2. Similitudes y diferencias
3. La hipoteca mobiliaria
    - 3.1. Bienes hipotecables
        - 3.1.1. Los establecimientos mercantiles
        - 3.1.2. Los automóviles y otros vehículos de motor
        - 3.1.3. Las aeronaves
        - 3.1.4. La maquinaria industrial
        - 3.1.5. La propiedad intelectual e industrial
    - 3.2. Contenido
4. La prenda sin desplazamiento de la posesión
    - 4.1. Singularidad en relación con la hipoteca mobiliaria
    - 4.2. Bienes susceptibles de ser objeto de esta garantía
    - 4.3. Contenido
        - 4.3.1. Derechos y obligaciones del pignorante
        - 4.3.2. Derechos del acreedor pignoraticio
            - 4.3.2.1. Respecto de derechos anteriores a su constitución



4.3.2.2. Respecto de terceros adquirentes posteriores

4.3.2.3. Respecto de otros acreedores

5. El Registro de Bienes Muebles

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

En esta tercera Unidad didáctica nos adentramos en la regulación contenida en la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. Se trata de dos tipos de garantía de fuerte impronta mercantil y de máxima importancia para conocer el alcance y posibilidades de nuestro sistema de garantías reales. En su tratamiento, una y otra clase de garantía suponen, como veremos, la superación de los patrones a partir de los que se distingue en el Código Civil entre prenda e hipoteca.



1. LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN

Nuestro Código Civil estableció tres formas típicas de garantía real: la prenda, la hipoteca y la anticresis. Prescindiendo ahora de esta última, para no interferir en el tema objeto de nuestro estudio, el Código fijó la distinción entre prenda e hipoteca en dos datos:

- La naturaleza del objeto.
- Sus requisitos de constitución.

Por lo que concierne, en primer lugar, a la naturaleza del objeto, las cosas muebles constituyen el objeto de la garantía real mobiliaria o prenda, mientras que solamente pueden ser objeto de hipoteca los inmuebles.

En lo que respecta al segundo aspecto, el referido al medio de publicidad adecuado a la constitución y existencia de uno y otro derecho real, la constitución del derecho real de prenda exige que se ponga en posesión de la cosa mueble al acreedor o a un tercero de común acuerdo. Por el contrario, la válida constitución de la hipoteca requiere de escritura pública y que esta se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Merced a este sistema, las cosas muebles únicamente podrían servir de objeto de garantía a los acreedores saliendo de la posesión efectiva del pignorante y pasando a manos del acreedor o de un tercero, quien la recibiría de común acuerdo entre el acreedor y el deudor. Esta segunda posibilidad –prenda en poder de un tercero– podría ofrecer, en ciertos casos, parecidas ventajas a la prenda no desplazada, pero no puede presentarse como remedio general de las deficiencias inherentes a la clásica prenda con desplazamiento.

Tales deficiencias habrían sido puestas de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954:

> «La configuración tradicional de los derechos reales de prenda e hipoteca [se dice en tal sede] con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles y con sus características de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión, es, sin duda, insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la garantía real».

Y pasaba a recordar los graves inconvenientes que acarrearía para el deudor la privación, aun temporal, de la tenencia, sobre todo de cosas muebles de gran valor, destinadas a fines agrícolas o industriales, donde la necesidad de su desplazamiento a manos del acreedor garantizado sería perjudicial no solo para el deudor, al privarle de bienes adecuados, sino «para la economía nacional al paralizar elementos de trabajo y de producción y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente, de un modo normal, a sus obligaciones». La experiencia, se continuaba diciendo, demostraría que la prenda se habría quedado reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligara a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía harían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes.

Así las cosas, el esfuerzo del legislador a través de la ley referida y de su normativa de desarrollo (Reglamento de 17 de junio de 1955) añadiría a nuestro elenco de garantías reales las dos modalidades que a continuación se detallan, no sin antes desarrollar sus aspectos comunes y diferencias fundamentales.

2. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Siguiendo en este epígrafe la exposición de Gómez Matos, el propósito de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento no fue otro que el de extender a los bienes muebles, en la medida de lo posible, los principios informadores del sistema hipotecario desarrollados para el Registro de la Propiedad. Sin duda, se trató del mejor intento para dotar a los derechos de garantía sobre dichas cosas de un instrumento de publicidad más preciso que el hecho posesorio, siempre equívoco, poco práctico y económicamente desventajoso, tratándose de ciertos bienes, propios especialmente del tráfico empresarial.

En la ley, la diferencia sustancial entre la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento gira alrededor de un aspecto que se considera esencial: el grado de identificabilidad de la cosa. Ello hace que la ley distinga, así, entre dos grupos de bienes muebles: los de identificación semejante a la de bienes inmuebles y los de identificación imperfecta, y, por consiguiente, de más difícil persecución. A los primeros corresponde la hipoteca a la que denomina mobiliaria, mientras que a los segundos, la prenda, sustituyendo el requisito del desplazamiento por el de la publicidad registral. Esta sería la diferencia estructural entre ambos tipos de garantía, que no obstante compartirían las siguientes características en cuanto aspectos comunes:



- **Naturaleza jurídica.** Una y otra tienen en común el constituir formas de garantía real para el aseguramiento de créditos que no exigen el desplazamiento de posesión. Presuponen que la cosa quede en poder del constituyente sin que, por principio, estando pendiente la obligación, pueda el acreedor obligar a que le sea entregada.

- **Limitación de los bienes objeto.** En cuanto a los bienes que pueden ponerse en garantía, dejando a un lado las diferencias que en cuanto a su identificabilidad provoca la escisión de un doble régimen en el contexto de la ley, esta considera que no todas las cosas muebles son susceptibles de gravamen a sus efectos. Por eso dispone que únicamente lo sean los que taxativamente refiere para cada modalidad de garantía (art. 1, párr. 1.º). Por tanto, la determinación de bienes susceptibles de ser objeto de una y otra clase de garantía se hace a través de un número cerrado de cosas muebles, clasificándose, a su vez, se reitera, según resulten en mayor o menor medida identificables.

- **Constitución.** Tanto la hipoteca mobiliaria como la prenda sin desplazamiento deben instrumentarse en escritura pública (o póliza intervenida por corredor de comercio, la cual se permite en defecto de escritura pública únicamente para la prenda) e inscribirse en el Registro de Bienes Muebles (art. 3 de la ley). Sin inscripción, no habrá garantía y el crédito solo valdrá, contando con que esté documentado, como crédito quirografario [*cfr*. art. 1.924.3.º A) del CC].

- **Contenido.** Ambas modalidades incorporan el *ius distrahendi*, en el sentido de que conceden al acreedor un derecho a la realización de valor para la satisfacción del crédito a través de un procedimiento ejecutivo, que en una y otra puede ejercitarse sobre la misma cosa, a salvo de las limitaciones que para la prenda sin desplazamiento se disponen, veremos, en cuanto a sus efectos reipersecutorios.

  Asimismo, la constitución de cualquiera de tales garantías conlleva para el deudor la prohibición de enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor (art. 4).

- **Cesión.** Tanto el crédito garantizado con hipoteca como el que lo está con prenda pueden cederse (art. 8), obviamente con el accesorio de la garantía.

- **Prescripción extintiva.** La acción hipotecaria y la pignoraticia prescriben a los tres años desde que puedan ser legalmente ejercitadas (art. 11).

Profundizando en sus diferencias, junto a la esencial ya señalada en cuanto a los bienes objeto, entre otras, pueden señalarse las siguientes:

- **Preferencia.** La hipoteca mobiliaria mantiene el orden de prelación que le corresponde frente a cualquier clase de créditos, con la sola excepción de los apuntados en el artículo 10 de la ley. La prenda reconoce las preferencias señaladas en el artículo 66 y «no perjudicará en ningún caso los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica, por terceras personas sobre los bienes pignorados» (*cfr.* art. 56).
- **Legitimación.** En cuanto el objeto de la hipoteca mobiliaria aparece ordinariamente reseñado en un Registro, la posibilidad de que la posesión actúe como título de legitimación es más reducida que en la prenda sin desplazamiento, en la que normalmente la posesión seguirá siendo el medio idóneo para legitimar las facultades dominicales del constituyente de la garantía.

EJEMPLO 1

Quien compra un vehículo, bien puede saber si se encuentra hipotecado no solo consultando el Registro de Bienes Muebles competente, sino el administrativo de turno; la ley indica incluso que de la hipoteca sobre vehículos se haga constancia en el permiso de circulación del auto. En cambio, por su carácter genérico, fungible, las mercancías no remitirían de suyo a un órgano concreto a partir de cuya información saber si se encuentran gravadas. Será muy difícil, así, que los terceros, antes de proceder a su adquisición, conozcan de tal circunstancia. Antes bien, los interesados vendrán a confiar en la apariencia de propiedad del vendedor que tiene en su poder esas cosas: esto es justamente lo que quiere decirse al hablar de legitimación posesoria.

- **Reipersecutoriedad.** Íntimamente relacionada con los dos puntos anteriores, la reipersecutoriedad, el poder perseguir los bienes gravados en garantía de manos de un tercero adquirente posterior al gravamen, se establece como regla general para la hipoteca mobiliaria (*cfr.* art. 16), considerándose que, para la prenda sin desplazamiento, la naturaleza de los bienes que le sirven de objeto ha de resolverse en favor de quien luego pudiera adquirirlos de buena fe, y ello en función de los artículos 464 del Código Civil y 85 del Código de Comercio.



EJEMPLO 2

Puede verse un ejemplo en relación con las tres últimas notas señaladas en el enunciado 2 de los Ejercicios Voluntarios incluidos en la Unidad siguiente.

3. LA HIPOTECA MOBILIARIA

A partir de lo expuesto anteriormente, estamos en disposición de definir la **hipoteca mobiliaria** como aquel derecho real de garantía que recae sobre determinados bienes muebles individualizables que, naciendo de la inscripción registral y sin necesidad de desplazamiento posesorio, sujeta esos bienes al pago de la obligación garantizada.

3.1. BIENES HIPOTECABLES

Según el artículo 12, únicamente podrán ser hipotecados:

- Los establecimientos mercantiles.
- Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.
- Las aeronaves.
- La maquinaria industrial.
- La propiedad intelectual y la industrial.

El precepto advierte en un apartado final que no podrán hipotecarse los bienes llamados a ser objeto de prenda sin desplazamiento.

3.1.1. Los establecimientos mercantiles

Es obvio que aunque la legislación que se contempla en esta Unidad didáctica refiere el establecimiento mercantil como el primer objeto posible de hipoteca mobiliaria, no estamos ante una cosa mueble, sino ante un conjunto heterogéneo de bienes, no todos tangibles, que se hallan vinculados entre sí por una unidad de destino económico. A lo

sumo podría comprenderse como un bien complejo formado por el derecho a usar el inmueble donde el negocio esté ubicado (que no la propiedad sobre él, pues basta, como es muy común en la práctica, con que se ocupe el bien en régimen de arrendamiento), sus instalaciones, utensilios, mercaderías, signos de identificación comercial (rótulos, signos, marcas), etc.

Específicamente, respecto de su hipoteca, dispone el artículo 19 de la Ley de 1954 que «para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles, deberán estar instalados en local de negocio del que el titular sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar». La hipoteca comprenderá necesariamente el derecho de arrendamiento sobre el local, si estuviera arrendado, o el de usarlo bajo ese mismo régimen, el del arrendamiento, por el adjudicatario del establecimiento tras su ejecución si es que el deudor incumpliera con sus obligaciones; necesariamente, también se extenderá la hipoteca sobre las instalaciones fijas o permanentes del establecimiento, pero solo cuando estas pertenezcan al titular del establecimiento (art. 20).

El artículo 21 añade que la hipoteca comprenderá también, salvo que se establezca otra cosa:

- El nombre comercial, el rótulo del establecimiento, las marcas distintivas y los demás derechos de propiedad industrial e intelectual.
- Las máquinas, el mobiliario, los utensilios y los demás instrumentos de producción y trabajo.

En todo caso, para que estos bienes queden afectos a la hipoteca, requerirán que sean de la propiedad del titular del establecimiento, que su precio de adquisición esté pagado y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial.

EJEMPLO 3

Variadas hipótesis manifiestan la utilidad de la hipoteca de hacienda, empresa, fondo de comercio o, como se dice entre nosotros, y así se nombra en sede legal, establecimiento mercantil; sirvan las que Vallet elige al azar:

- El sujeto A adquiere una finca hipotecada, donde instala un establecimiento cuyo valor comercial o industrial, con su nombre y rótulo, es superior al del inmueble, que intrínsecamente no ofrece ya sustento para una segunda hipoteca.

.../...



.../...

- El sujeto B es dueño de una casa distribuida en seis locales de negocio y 30 viviendas, no conviniéndole dividir la casa para no disminuir su valor de conjunto. En uno de los locales de negocio tiene instalado un establecimiento que necesita de financiación para renovar su utillaje. El respectivo acreedor acepta y se conforma con la garantía sobre dicho establecimiento.
- El sujeto C es dueño de un inmueble, pero sufre prohibición de disponer de él y gravarlo, por imposición de causante o donatario. En el inmueble piensa instalar un establecimiento comercial o fabril, pero para ello necesita dinero, pudiendo servirse del establecimiento, aquí futuro, para garantizar la devolución del crédito que no puede hacer con el inmueble.

Particularmente interesante resulta la previsión del artículo 22, por la cual se permite que la hipoteca se extienda, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurrieran los dos primeros requisitos exigidos en el artículo 21, a saber: que sean propiedad del titular del establecimiento y que su precio de adquisición se encuentre íntegramente pagado. Con respecto a estos bienes, quedarán a salvo, con todo, los derechos de quien luego los adquiera del empresario, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio, aunque el deudor vendrá obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio. El acreedor tendrá derecho a inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento, en la forma y plazo estipulados, sin estorbar, en ningún caso, su normal desenvolvimiento.

Precisiones

La hipoteca de establecimiento, aunque solo con respecto a las mercaderías a las que se hubiera extendido convencionalmente, manifestaría un buen ejemplo de las garantías que se denominan flotantes u objetivamente fluctuantes. Que las mercaderías estuvieran gravadas no coartaría ni condicionaría la disposición material o jurídica sobre tales bienes. La garantía en esta dimensión afectaría a las cosas originariamente gravadas, pero también a las que hubieran de resultar de su transformación o a las que se adquiriesen en su reemplazo. Consecuentemente, sobre las mercaderías o materias primas, esto es, los elementos instrumentales consumibles de una empresa, aquellos activos destinados a su venta o transformación, la garantía se particularizaría de tal modo.

Frente a lo que ocurre con las mercaderías, cuya inclusión depende de pacto, por su importancia debe reiterarse que la hipoteca se extiende, sí o sí, al derecho sobre el local en que encuentra su asiento el establecimiento. La ley tiene en cuenta el dato fundamental de que sea propiedad o no del empresario o, en sentido inverso, que se encuentre el inmueble arrendado al empresario. De estar arrendado, manda así notificar por acta notarial al arrendador (art. 24, párr. 2.º). Si el propietario de la finca presta su conformidad a la hipoteca, se le confieren por ley ciertas compensaciones, como, por ejemplo, el aumento en un 5 % de la renta vigente (art. 31).

Por el contrario, si el arrendador no presta su conformidad, la hipoteca será igualmente válida, manteniendo el acreedor la misma posición y facultades que le correspondían según la legislación arrendaticia. De lo que se concluye que su conformidad o la falta de ella no es requisito constitutivo de la hipoteca; solo es productora de ciertos efectos, restricciones y beneficios para tal sujeto. Lo que está claro es que no contar con su anuencia condicionará fuertemente el establecimiento como objeto en el mercado de garantías, pero no al extremo de impedir que se constituya al efecto; el establecimiento es mucho más que el local, y será el acreedor el que valore si aún le compensa su valor e hipotética evolución con independencia de que se ubique en este lugar o en otro.

Si la hipoteca se hubiere constituido, en cambio, sobre inmueble propiedad del empresario, el artículo 28 de la ley advierte que el adjudicatario, en caso de ejecución, adquirirá, de pleno derecho, la cualidad de arrendatario con sujeción a la renta y demás estipulaciones que con respecto a este arrendamiento *ex novo* se hayan anticipado en la escritura constitutiva de la hipoteca.

3.1.2. Los automóviles y otros vehículos de motor

La constitución de esta hipoteca se hará constar por el notario autorizante de la escritura, al momento de su otorgamiento, en el permiso de circulación del vehículo, a fin de evitar que el vehículo salga del territorio nacional sin consentimiento del acreedor.

Conviene resaltar, además, que el artículo 36 de la ley obliga al aseguramiento del vehículo contra los riesgos de robo, hurto, extravío, sustracción o menoscabo, por una cantidad igual o superior al importe total de la responsabilidad hipotecaria.

3.1.3. Las aeronaves

Las aeronaves matriculadas en España pueden ser objeto de la hipoteca mobiliaria. También las aeronaves en construcción, siempre que se hubiera invertido, al menos,



un tercio del total presupuestado al efecto. Su régimen hipotecario se asimila al de la hipoteca de buques, con lo que su tratamiento registral se acerca al de los bienes inmuebles.

Precisiones

Para su hipoteca, los buques y naves marítimas se equiparan, conforme a una secular ficción contenida en su regulación específica (Ley de Hipoteca Naval de 1893) a los bienes inmuebles, lo que explica que no se ocupe de ellos la legislación sobre garantías mobiliarias sin desplazamiento. Con todo, la hipoteca se manda inscribir hoy en la primera sección del Registro de Bienes Muebles.

La hipoteca se extiende, salvo pacto en contrario, a la hélice, motores, aparatos de radio y navegación, mobiliario, pertrechos y enseres destinados al servicio de la aeronave, aunque sean separables de esta (art. 39). Esta extensión necesaria es consecuencia de su existencia como un todo compuesto o integrado por diferentes partes constructivas diferentes, al igual que en el buque.

3.1.4. La maquinaria industrial

Según el artículo 42, podrán ser hipotecadas las máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por su propietario a la explotación de una industria y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma. A los efectos del tipo, se consideran también máquinas las calderas de vapor, los hornos que no formen parte del inmueble, las instalaciones químicas y los demás elementos materiales fijos afectos a la explotación de la industria.

En la exposición de motivos de la Ley de 1954 se indica que el objeto de hipoteca mobiliaria que más dificultades suscitara para su configuración habría sido justamente la maquinaria industrial. La diferente situación y destino en que puede encontrarse, y su más difícil perseguibilidad, habrían sido los problemas más graves que debían resolverse. Y es que la maquinaria industrial puede hallarse en tiendas o almacenes abiertos al público y dedicados a la venta de aquellas, o en fábricas e industrias como elemento de trabajo o de producción.

En el primer caso, las máquinas tienen la cualidad de mercaderías, están destinadas a la venta y su comprador gozará de la «prescripción instantánea», dice el legislador, establecida por el artículo 85 del Código de Comercio. En consecuencia, resulta imposible el derecho de persecución. Por este motivo, la maquinaria, cuando se halle en esta situación, no es susceptible de hipoteca. Podrá, como mercancía, quedar sujeta a la que se constituya sobre establecimiento industrial o mercantil en que se fabrique o venda, en cuya regulación, como hemos visto, también se deja a salvo la aplicación de las normas mercantiles en caso de venta, en referencia al artículo 85 del Código de Comercio mencionado.

El segundo caso, en el que la máquina aparece como un elemento de producción o de trabajo, es para el que se admite como objeto de hipoteca en cambio. En este sentido, habría estudiado el legislador detenidamente con arreglo a qué criterio había de calificarse la maquinaria como industrial para ser susceptible de hipoteca, concluyendo por tener en cuenta el destino a un fin industrial y la afección efectiva a una determinada industria. El primero es un dato de carácter objetivo, y la afección es un dato económico y jurídico, que, además de presuponer el destino, implica la efectiva caracterización de la máquina como elemento de trabajo o de producción. Los conceptos son análogos a los del artículo 334.5.º del Código Civil, pero referidos no a bienes inmuebles, sino a industrias; por esto, será indiferente para la hipoteca mobiliaria que la finca en que se haya hecho la instalación sea o no propiedad del dueño de las máquinas; basta que sea suya la industria a que estas últimas estén afectadas.

En suma, termina el legislador, la maquinaria industrial podrá hallarse sujeta a hipoteca de tres maneras diferentes:

- A hipoteca mobiliaria, como objeto directo y autónomo de ella.
- A hipoteca de establecimiento mercantil, como consecuencia de la extensión de esta última de acuerdo con su regulación.
- A hipoteca inmobiliaria, cuando concurran los requisitos exigidos por el artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

Y todo ello en lo que respecta a la hipoteca, pues si son mercancías, siempre podrán constituir objeto, no solo de la hipoteca sobre establecimiento mercantil, mediando pacto al respecto, sino también de la prenda sin desplazamiento (*cfr.* art. 53.2.º, de la ley).

Ya en cuanto al régimen de la hipoteca, el dueño de las máquinas tendrá la obligación de conservarlas en el lugar y para el destino que le son propios, usando de ellas normalmente, pero sin merma de su integridad. Al acreedor hipotecario se le asigna la



facultad de inspeccionar el estado de la maquinaria y, en determinados supuestos, la de dar por vencida la obligación, como puede ser por el mal uso o la resistencia a la inspección de la cosa (art. 44).

3.1.5. La propiedad intelectual e industrial

La Ley de Hipoteca Mobiliaria, aunque lo prevea, no es, desde luego, el marco normativo apropiado para disponer sobre la posibilidad de poner los bienes de creación intelectual *lato sensu* como garantía. Y no es tampoco el Registro de Bienes Muebles la instancia apropiada para inscribir el gravamen, dado que cada uno de estos particulares bienes, los derechos de autor y los «derechos de propiedad industrial», en referencia fundamental a marcas y patentes, cuentan con su propio órgano de publicidad registral.

Tiene mucha razón Rogel al poner en cuarentena la parte pertinente de la Ley Hipotecaria Mobiliaria de 1954 en este punto, redactada como fue con miras a la normativa vigente por entonces sobre propiedad intelectual. Es así que, con base, específicamente, en la legislación actual en la materia, sabidas las características de las facultades morales que la integran, debe recordarse que la propiedad intelectual «en bloque» no es susceptible de cesión ni gravamen y sí, tan solo, los derechos de explotación que comprende. Es de la misma opinión Pau Pedrón, para quien la hipoteca sobre propiedad intelectual suscita serias dudas, entre ellas el dato de cómo puede conciliarse el carácter de la propiedad intelectual con su ejecución forzosa y transmisión a un tercero; preguntándose, desde el plano más directo de los hechos, cómo puede servir de garantía un derecho de tan incierto valor económico como el de la propiedad intelectual, dado que, salvo afamadas excepciones, los derechos de autor no suelen alcanzar cifras elevadas (aunque, entre los derechos que pueda producir un libro de versos y los que pueda producir un programa de ordenador exista, en ocasiones, un abismo).

Precisiones

Para una mayor claridad, debe recordarse aquí el elenco de derechos de autor declarados irrenunciables e inalienables según el artículo 14 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; a saber, los relativos a:

- Decidir sobre la divulgación de la obra y en qué forma.
- Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo pseudónimo o signo, o anónimamente.
- Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

.../...

.../...

- Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
- Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
- Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.
- Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Por tanto, es en virtud de lo expresado que deben interpretarse los preceptos establecidos en la legislación hipotecaria. Así, en primer lugar, el artículo 46 de la Ley de 1954 cuando establece que la hipoteca de un derecho de tal clase «comprenderá como accesorios, salvo pacto en contrario: a) la adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o adición de la obra hipotecada; b) la adición, modificación o perfeccionamiento de una misma patente, marca, modelo y demás derechos de propiedad industrial». Es decir, el gravamen recaerá sobre los réditos patrimoniales que se generen a través de cualquiera de tales conceptos. Se entiende, asimismo, lógico que al titular de la propiedad intangible se le prohíba renunciar a su derecho y ceder su uso o explotación, total o parcial, sin el consentimiento del acreedor, precisamente por constar a favor de este gravada (art. 48).

3.2. CONTENIDO

Recordando que en todo caso no podrá disponer de los bienes hipotecados (salvo en el caso de las mercaderías afectas al establecimiento mercantil hipotecado), el hipotecante retendrá la propiedad y la posesión de los bienes gravados, estando obligado a conservarlos, junto con sus accesorios, con la diligencia de un buen padre de familia, haciendo en ellos cuantas reparaciones y reposiciones fueren menester (art. 17). La depreciación de los bienes hipotecados, excepto cuando provenga de caso fortuito, concederá al acreedor el derecho a pedir que se intervenga judicialmente la administración de los bienes, medida de la que podrá liberarse el deudor prestando caución suficiente (art. 18).



Por su lado, el derecho esencial del acreedor hipotecario reside en la facultad de promover la venta de los bienes gravados en el caso de vencimiento de la hipoteca, vencimiento que puede tener lugar por el incumplimiento de la obligación garantizada o por alguna de las causas que la ley señala (arts. 6, 29 y 51). Este derecho del acreedor hipotecario se manifiesta, a su vez, en los de persecución y de preferencia.

El derecho de persecución aparece consagrado en el artículo 16, a cuyo tenor «la hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida».

El derecho de preferencia, por su parte, se halla reconocido en el artículo 10, conforme al cual el acreedor hipotecario gozará, para el cobro de su crédito, de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922.2.º y 1.926.1.ª del Código Civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales. En caso de quiebra, no se incluirán en la masa los bienes hipotecados, mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquella el sobrante del precio obtenido en la subasta.

Al lado de la acción personal que corresponde al acreedor en virtud de la relación jurídica principal, el acreedor cuenta con el trámite de ejecución hipotecaria que se regula en los artículos 681 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también con el procedimiento extrajudicial, notarial, de los artículos 86 a 88 de la Ley de 1954, para cuya aplicación es preciso que en la escritura de constitución de la hipoteca se designe por el dueño de los bienes un mandatario que le represente en su día en la venta de los mismos, quien puede ser el propio acreedor.

4. LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN

4.1. SINGULARIDAD EN RELACIÓN CON LA HIPOTECA MOBILIARIA

Con el nombre de prenda sin desplazamiento se designa aquella figura jurídica por la cual, mediante la inscripción en el Registro correspondiente, se confiere al acreedor una facultad, a modo de derecho real de garantía (siquiera imperfecto y embrionario), para el cobro de un crédito pecuniario, sobre ciertos bienes muebles ajenos que, situados en un lugar determinado, continúan en poder de su dueño.

El fundamento y la estructura de la prenda sin desplazamiento son puestos de relieve con toda claridad por Vallet de Goytisolo con las siguientes palabras:

> «Como quiera que son muchos los bienes muebles no aptos para ser hipotecados –sea por razón de las dificultades de su individualización específica o bien por los perjuicios que al comercio jurídico reportaría la necesidad de que todo adquirente examinara previamente el Registro para asegurarse de la libertad de cargas del bien adquirido– respecto de algunos de esos bienes se han intentado utilizar otros medios para hacer compatible la pignoración con el mantenimiento del deudor en la posesión de los bienes ofrecidos en garantía. Uno de esos medios es el sistema denominado de la prenda sin desplazamiento, por el cual el pignorante se constituye en depositario de la cosa pignorada, en nombre del acreedor. Se caracteriza este sistema por la inscripción de la prenda; por su constitución en depósito en manos del mismo pignorante, y por la determinación del *status loci* de la cosa pignorada».

Precisiones

Por las dificultades que plantean estas cosas para ser objeto de gravamen, debido a su difícil identificación o su carácter venidero o futuro, el principio de *status loci* supone el deber del pignorante de mantener en el lugar fijado en el contrato (normalmente el centro de explotación o producción del empresario obligado) los bienes.

EJEMPLO 4

En garantía del precio por el suministro de piensos correspondiente a un año, Miguel, joven empresario extremeño, pignora toda la piara de su propiedad que pasta en la finca La Paloma.

A dicho sistema responde la prenda sin desplazamiento en la Ley de 16 de diciembre de 1954, que se estructura a partir de dos requisitos específicos:



- La determinación del *status loci* de las cosas pignoradas, conforme resulta del artículo 57.2.º de la ley, desarrollado por los artículos 31 a 33 del reglamento. El artículo 57.2.º previene, así, que la escritura o póliza de prenda contendrá la determinación, en su caso, del inmueble en que se situaren los bienes que se pignoran, por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito.
- La constitución del pignorante en depositario de la cosa pignorada. En este sentido, dispone el artículo 59 de la ley que «el dueño de los bienes pignorados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal, no obstante su derecho a usar de los mismos sin menoscabo de su valor. El acreedor podrá exigir, a la muerte de dicho depositario legal, que los bienes pignorados se entreguen materialmente en depósito a otra persona».

Precisiones

Decíamos que nos encontramos ante una garantía real imperfecta o embrionaria y es así que se explica la idea en la exposición de motivos de la Ley de 1954: mientras que para las cosas muebles susceptibles de identificación registral perfecta correspondería la hipoteca mobiliaria, habría cosas «que no admiten o lo hacen con dificultad el desplazamiento posesorio. Algunas por ser instrumento de trabajo propio del deudor, por ejemplo, el ganado, las herramientas de trabajo; y otras, por exigir cuidados especiales, tales como los ganados destinados a producción y reproducción, o por tener carácter futuro, como la cosecha esperada». Todos estos bienes no serían susceptibles de hipoteca «por su imperfecta identificación registral»; tampoco lo serían «de prenda común por la imposibilidad física, jurídica o económica de su desplazamiento al acreedor o a un tercero». Por tanto, de no admitirse la modalidad que ahora analizamos, tales bienes quedarían al margen de la hipoteca mobiliaria y de la prenda común, sin que existiera posibilidad de ponerlas como garantía.

Por tanto, los incovenientes técnicos que justifican esta concreta variedad pignoraticia son consecuencia directa de la naturaleza específica de los bienes que tendría por objeto.

4.2. BIENES SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DE ESTA GARANTÍA

Las cosas pignorables según el modelo están determinadas taxativamente en los artículos 52, 53 y 54 de la ley. Según el primero:

> «Podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes:
>
> 1.º Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.
>
> 2.º Los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse.
>
> 3.º Los animales, así como sus crías y productos.
>
> 4.º Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones».

Añade el artículo 53:

> «También podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes que a continuación se expresan, aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior:
>
> 1.º Las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo 42 [a los efectos de la hipoteca mobiliaria].
>
> 2.º Las mercaderías y materias primas almacenadas».

De igual manera, sigue diciendo el artículo 54, «serán susceptibles de prenda sin desplazamiento las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección».

4.3. CONTENIDO

4.3.1. Derechos y obligaciones del pignorante

Es de esencia de esta garantía, como en la hipoteca mobiliaria, que el pignorante conserve el dominio de los bienes dados en prenda y el derecho a usar de los mismos sin menoscabo de su valor (art. 59, párr. 1.º).



Como obligaciones, la ley le impone fundamentalmente las siguientes:

- Conservar los bienes pignorados (art. 57.3.º). Por consiguiente, son de cuenta del deudor las expensas o gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración (y recolección, si fuera el caso) de los bienes pignorados (art. 61). Si el deudor hiciere mal uso de los bienes o incumpliese las obligaciones establecidas en la ley, el acreedor podrá exigir la devolución de la cantidad adeudada, sin perjuicio de las responsabilidades que procedieren. La pérdida o deterioro de dichos bienes dará derecho a la indemnización correspondiente exigible a los responsables del daño y, en su caso, a la entidad aseguradora (art. 62).
- Mantener las cosas «en su lugar». Los bienes pignorados no se podrán trasladar del lugar en que se encuentren según la escritura o póliza, sin mediar previo consentimiento del acreedor (art. 60).
- Tener los bienes pignorados a disposición del acreedor para que este pueda, en cualquier momento, inspeccionarlos y comprobar la existencia y el estado de los mismos, en la forma pactada o, en su defecto, conforme se señala en la ley.
- No enajenar los bienes dados en prenda sin el consentimiento del acreedor (art. 4); a esta regla que comparte, como hemos visto, con la hipoteca mobiliaria se agrega para la prenda sin desplazamiento el artículo 65 de la ley en cuanto dispone un derecho preferente de adquisición en favor del acreedor que consienta que el deudor enajene los bienes pignorados. Si ejerce este derecho, el acreedor los adquirirá en concepto de dación en pago, dándose por extinguido el crédito hasta el importe correspondiente.

4.3.2. Derechos del acreedor pignoraticio

Aparte de la facultad de enajenar o ceder el crédito garantizado con prenda sin desplazamiento (art. 8), el derecho central del acreedor pignoraticio consiste en promover la venta de los bienes pignorados al vencimiento de la prenda, vencimiento que puede tener lugar por incumplimiento de la obligación asegurada o de las obligaciones de cuidado, conservación, mantenimiento en su lugar o no enajenación de las cosas por parte del pignorante.

En este punto debe distinguirse, con Vallet, la eficacia de la prenda sin desplazamiento respecto:

- De los derechos anteriores a su constitución.
- De terceros adquirentes posteriores.
- De otros acreedores.

4.3.2.1. Respecto de derechos anteriores a su constitución

Dispone el artículo 56 de la ley:

> «La constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas, sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal en que incurriese el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen».

4.3.2.2. Respecto de terceros adquirentes posteriores

Dice el autor citado que, así como el artículo 16 de la ley afirma la eficacia *erga omnes* de la hipoteca mobiliaria, falta una disposición igual que la establezca para la prenda sin desplazamiento, debiendo llegarse a la conclusión de que esta es ineficaz contra los terceros adquirentes de buena fe, una vez la cosa pignorada haya salido de su *status loci.*

4.3.2.3. Respecto de otros acreedores

La prenda sin desplazamiento, obviamente inscrita, goza de la misma prelación que la hipoteca mobiliaria, establecida en el artículo 10, pero con la limitación prevenida en el artículo 66, conforme al cual serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio:

- Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos.
- Los de alquileres o rentas de los últimos 12 meses de la finca en que se produjeren, almacenaren o depositaren los bienes pignorados.

Para la efectividad de su derecho, dispone el acreedor de la acción pignoraticia (sujeta en su prescripción a la misma regla que la de la hipoteca mobiliaria), que puede ejercitar por el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil o por el procedimiento extrajudicial, notarial, regulado en los artículos 94 y 95 de la Ley de 1954.



5. EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

El Registro de Bienes Muebles fue creado por la disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En su estructura vendría a integrar los tres Registros hasta su dictado con competencia específica sobre tales bienes, a saber:

- El Registro de Buques y Aeronaves que se llevaba en el Registro Mercantil.
- El Registro de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin Desplazamiento.
- El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

El Registro de Bienes Muebles se configura como un Registro jurídico, no meramente administrativo, que se lleva por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, y que se integra por las siguientes seis secciones:

1.ª Sección de buques y aeronaves.

2.ª Sección de automóviles y otros vehículos de motor.

3.ª Sección de maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo.

4.ª Sección de otras garantías reales.

5.ª Sección de otros bienes muebles registrables.

6.ª Sección del Registro de Condiciones Generales de Contratación (que evidentemente no son bienes muebles, sino cláusulas de contratos en masa, para cuyo mejor control se han querido aprovechar los recursos materiales y humanos del Registro creado).

De mayor interés en el contexto tanto de esta Unidad como de la siguiente son las cuatro primeras secciones.

En la sección primera se deben practicar todas las inscripciones de actos y contratos relativas a embarcaciones y aeronaves, con independencia de que estén inscritas en el Registro administrativo correspondiente. Cada uno de los actos, contratos y gravámenes que se realicen sobre tales bienes serán calificados y en su caso inscritos o anotados preventivamente dentro de dicha sección por el Registrador de Bienes Muebles.

Por su gran importancia en el tráfico, la sección segunda corresponde a los automóviles y otros vehículos de motor, donde básicamente se inscriben reservas de dominio y figuras de difícil clasificación, como el *leasing* y el *renting*; además de las anotaciones de embargo y demás gravámenes sobre estas cosas.

Los derechos o actos de cualquier tipo que afecten a la maquinaria industrial y demás bienes de equipo (en general, aquellos que utilizan para la producción de otros bienes), así como los que tomen por objeto el establecimiento mercantil como entidad, se inscribirán en la sección tercera; sin ir más lejos, los de hipoteca o embargo.

No tratándose de ninguno de los bienes comprendidos en las tres secciones precedentes, los asientos correspondientes (de hipoteca o prenda sin desplazamiento, de reserva de dominio, etc.) se practicarán en la siguiente, referente a «otras garantías reales». Es en ella donde deberá inscribirse precisamente la hipoteca sobre derechos de propiedad intelectual o industrial.





CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- En virtud del sistema de garantías establecido en el Código Civil, las cosas muebles únicamente podrían servir de objeto de garantía a los acreedores saliendo de la posesión efectiva del pignorante y pasando a manos del acreedor o de un tercero, quien la recibiría de común acuerdo entre el acreedor y el deudor. Es así que se gestó la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, a fin de posibilitar, mediante la creación de una y otra figura, la financiación, básicamente de los empresarios, a costa de los elementos de trabajo o destinados a la producción, sin tener que desprenderse de ellos.

- En la ley, la diferencia sustancial entre la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento gira alrededor del grado de identificabilidad de la cosa. Ello hace que la ley distinga, así, entre dos grupos de bienes muebles: los de identificación semejante a la de bienes inmuebles y los de identificación imperfecta, y, por consiguiente, de más difícil persecución. A los primeros corresponde la hipoteca a la que denomina mobiliaria, mientras que a los segundos, la prenda, sustituyendo el requisito del desplazamiento por el de la publicidad registral.

- La anterior sería la diferencia estructural entre ambos tipos de garantía, que no obstante compartirían las siguientes características en cuanto aspectos comunes:

    – **Naturaleza jurídica.** Una y otra garantía tienen en común el constituir formas de garantía real para el aseguramiento de créditos que no exigen el desplazamiento de posesión. Presuponen que la cosa queda en poder del constituyente sin que, por principio, estando pendiente la obligación, pueda el acreedor obligar a que le sea entregada.

    – **Limitación de los bienes objeto.** En cuanto a los bienes que pueden ponerse en garantía, dejando a un lado las diferencias que en cuanto a su identificabilidad provoca la escisión de un doble régimen en el contexto de la ley, esta considera que no todas las cosas muebles son susceptibles de gravamen a sus efectos. Por eso dispone que únicamente lo sean los que taxativamente refiere para cada modalidad de garantía. Por tanto, la determinación de bienes susceptibles de ser

objeto de una y otra clase de garantía se hace a través de un número cerrado de cosas muebles, clasificándose, a su vez, se reitera, según resulten en mayor o menor medida identificables.

- **Constitución.** Tanto la hipoteca mobiliaria como la prenda sin desplazamiento deben instrumentarse en escritura pública (o póliza intervenida por corredor de comercio, la cual se permite en defecto de escritura pública únicamente para la prenda) e inscribirse en el Registro de Bienes Muebles. Sin inscripción, no habrá garantía y el crédito solo valdrá, contando con que esté documentado, como crédito quirografario.
- **Contenido.** Ambas modalidades incorporan el *ius distrahendi*, en el sentido de que conceden al acreedor un derecho a la realización de valor para la satisfacción del crédito a través de un procedimiento ejecutivo, que en una y otra puede ejercitarse sobre la misma cosa, a salvo de las limitaciones que para la prenda sin desplazamiento se disponen en cuanto a sus efectos reipersecutorios. Asimismo, la constitución de cualquiera de tales garantías conlleva para el deudor la prohibición de enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor.
- **Cesión.** Tanto el crédito garantizado con hipoteca como el que lo está con prenda pueden cederse, obviamente con el accesorio de la garantía.
- **Prescripción extintiva.** La acción hipotecaria y la pignoraticia prescriben a los tres años desde que puedan ser legalmente ejercitadas.

• En cuanto a sus diferencias, junto a la esencial ya señalada en cuanto a los bienes objeto, entre otras, puede señalarse como muy destacada la que concierne a la reipersecutoriedad, el poder perseguir los bienes gravados en garantía de manos de un tercero adquirente posterior al gravamen, la cual se establece como regla para la hipoteca mobiliaria, considerándose, en cambio, que, para la prenda sin desplazamiento, la naturaleza de los bienes que le sirven de objeto ha de resolverse en favor de quien luego pudiera adquirirlos de buena fe.

• Específicamente, la hipoteca mobiliaria puede definirse como aquel derecho real de garantía que recae sobre determinados bienes muebles individualizables, que, naciendo de la inscripción registral y sin necesidad de desplazamiento posesorio, los afecta al pago de la obligación garantizada.



- Son bienes susceptibles de ponerse en garantía por medio de hipoteca mobiliaria:

  – Los establecimientos mercantiles.
  – Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.
  – Las aeronaves.
  – La maquinaria industrial.
  – La propiedad intelectual y la industrial.

- Es obvio que, aunque la legislación refiere el establecimiento mercantil como el primer objeto posible de hipoteca mobiliaria, no estamos ante una cosa mueble, sino ante un conjunto heterogéneo de bienes, no todos tangibles, que se hallan vinculados entre sí por una unidad de destino económico. A lo sumo podría comprenderse como un bien complejo formado por el derecho a usar el inmueble donde el negocio esté ubicado (que no la propiedad sobre él, pues basta, como es muy común en la práctica, con que se ocupe el bien en régimen de arrendamiento), sus instalaciones, utensilios, mercaderías, signos de identificación comercial (rótulos, signos, marcas), etc. La hipoteca comprenderá necesariamente el derecho de arrendamiento sobre el local, si estuviera arrendado, o el de usarlo bajo ese mismo régimen, el del arrendamiento, por el adjudicatario del establecimiento tras su ejecución si es que el deudor incumpliera con sus obligaciones; necesariamente también se extenderá la hipoteca sobre las instalaciones fijas o permanentes del establecimiento, pero solo cuando estas pertenezcan al titular del establecimiento.

  Como elementos objetivos naturales, la hipoteca comprenderá también, salvo que se establezca otra cosa:

  – El nombre comercial, el rótulo del establecimiento, las marcas distintivas y los demás derechos de propiedad industrial e intelectual.
  – Las máquinas, el mobiliario, los utensilios y los demás instrumentos de producción y trabajo.

  En todo caso, para que estos bienes resulten afectos a la hipoteca, se requerirá que sean de la propiedad del titular del establecimiento, que su precio de adquisición esté pagado y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial.

Finalmente, en cuanto elementos objetivos accidentales de la hipoteca de establecimiento mercantil, la garantía podrá extenderse, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento siempre que sean propiedad del titular del establecimiento y que su precio de adquisición se encuentre íntegramente pagado. Con respecto a estos bienes, quedarán a salvo, con todo, los derechos de quien luego los adquiera del empresario, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio, aunque el deudor siempre estará obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio.

- La segunda clase de bienes prevista como objeto posible de hipoteca mobiliaria la constituyen los automóviles y cualesquiera otros vehículos de motor. La constitución de esta hipoteca se hará constar por el notario autorizante de la escritura en el permiso de circulación del vehículo, a fin de evitar que el vehículo salga del territorio nacional sin consentimiento del acreedor.

- También las aeronaves matriculadas en España pueden ser objeto de la hipoteca mobiliaria, aun cuando estén en construcción, siempre que, en este caso, se hubiera invertido, al menos, un tercio del total presupuestado al efecto.

- Pueden ser hipotecadas asimismo las máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por su propietario a la explotación de una industria y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma. Debe tenerse en cuenta, con todo, que las máquinas en sí pueden ser objeto de cuatro tipos de garantía sin desplazamiento: en primer lugar, al que aquí se acaba de referir, como objeto directo y autónomo de la hipoteca mobiliaria; en segundo lugar, como consecuencia de integrar el establecimiento mercantil que se haya hipotecado y a la que se encuentren afectas; en tercer lugar, como objeto de la hipoteca inmobiliaria, cuando concurran los requisitos exigidos por el artículo 111 de la Ley Hipotecaria; y en cuarto lugar, si en lugar de constituir instrumentos de producción, las máquinas son los propios bienes que produce o vende la explotación de que se trate, supuesto en que podrán constituir objeto no solo de la hipoteca sobre establecimiento mercantil, mediando, como hemos visto, pacto al respecto, sino objeto propio de la prenda sin desplazamiento.

- La hipoteca mobiliaria, por último, puede gravar la propiedad intelectual o industrial. La Ley de Hipoteca Mobiliaria, aunque lo prevea, no es, desde luego, el marco normativo apropiado para disponer sobre la posibilidad de



poner los bienes de creación intelectual, en el amplio sentido de la palabra, como garantía. Y no es tampoco el Registro de Bienes Muebles la instancia apropiada para inscribir el gravamen, dado que cada uno de estos particulares bienes, los derechos de autor y los «derechos de propiedad industrial», en referencia fundamental a marcas y patentes, cuentan con su propio órgano de publicidad registral. Sea como fuere, y por lo que respecta a la propiedad intelectual *stricto sensu*, debe recordarse que los derechos de autor, en esa dimensión moral que les es propia, no son susceptibles de cesión ni gravamen y sí, tan solo, los derechos de explotación que comprende.

- La prenda sin desplazamiento es la garantía real que se constituye mediante la inscripción en el Registro de Bienes Muebles, caracterizada, frente a la hipoteca mobiliaria, por la difícil identificación de las cosas sobre las que recae, por ser fungibles o de caraćter genérico, o por su imposibilidad técnica de gravarse de otro modo (bienes futuros). Estos bienes serían, entre otros:

  – Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.
  – Los frutos separados o productos de dichas explotaciones.
  – Los animales, así como sus crías y productos.
  – Las mercaderías y materias primas almacenadas.

- Es de esencia de esta garantía, como en la hipoteca mobiliaria, que el pignorante conserve el dominio de los bienes dados en prenda y el derecho a usar de los mismos sin menoscabo de su valor, siendo obligaciones específicas del pignorante las siguientes:

  – Conservar los bienes pignorados, corriendo por su cuenta las expensas o gastos necesarios derivados, así como los relativos a la administración (y recolección, si fuera el caso) de los bienes pignorados.
  – Mantener las cosas «en su lugar» (el llamado *status loci*), de modo que no podrá trasladarlas del lugar en que se encuentren según la escritura o póliza en que se haya convenido la garantía, sin consentimiento del acreedor.
  – Tener los bienes pignorados a disposición del acreedor, para que este pueda, en cualquier momento, inspeccionarlos y comprobar la existencia y estado de los mismos.
  – No enajenar los bienes dados en prenda sin el consentimiento del acreedor.

- Aparte de la facultad de ceder el crédito garantizado, el derecho central del acreedor pignoraticio, por su parte, consiste en promover la venta de los bienes pignorados si se incumple al vencimiento de la obligación garantizada, vencimiento que asimismo tendrá lugar por incumplimiento de alguna de las obligaciones a cargo del deudor referidas en el párrafo precedente.

- En cuanto a los efectos de la prenda sin desplazamiento, deben distinguirse tres supuestos:

  – Respecto de los derechos anteriores a su constitución, dispone el artículo 56 de la ley en la materia de 1954 que «la constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas, sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal en que incurriese el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen».

  – Respecto de terceros adquirentes posteriores, así como el artículo 16 de la ley afirma la eficacia *erga omnes* de la hipoteca mobiliaria, falta una disposición igual que la establezca para la prenda sin desplazamiento, debiendo llegarse a la conclusión de que esta es ineficaz contra los terceros adquirentes de buena fe, una vez la cosa pignorada haya salido de su *status loci.*

  – Respecto de otros acreedores, la prenda sin desplazamiento goza de la misma prelación que la hipoteca mobiliaria, aunque debiéndose cobrar con prelación al crédito pignoraticio:

    - Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos.

    - Los de alquileres o rentas de los últimos 12 meses de la finca en que se produjeren, almacenaren o depositaren los bienes pignorados.

- El Registro de Bienes Muebles fue creado en la década pasada, integrando en su estructura a los tres Registros, hasta su dictado, vigentes con competencia específica sobre tales bienes, a saber:

  – El Registro de Buques y Aeronaves que se llevaba en el Registro Mercantil.



– El Registro de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin Desplazamiento.
– El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

El Registro de Bienes Muebles se configura como un Registro jurídico, que se lleva por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, y que se integra por las siguientes seis secciones:

1.ª Sección de buques y aeronaves.

2.ª Sección de automóviles y otros vehículos de motor.

3.ª Sección de maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo.

4.ª Sección de otras garantías reales.

5.ª Sección de otros bienes muebles registrables.

6.ª Sección del Registro de Condiciones Generales de Contratación (que evidentemente no son bienes muebles, sino cláusulas de contratos en masa, para cuyo mejor control se han querido aprovechar los recursos materiales y humanos del Registro creado).



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

¿Puede haber una hipoteca mobiliaria o una prenda sin desplazamiento sin inscripción registral?

Enunciado 2

¿Cuál es la diferencia básica entre la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento?

Enunciado 3

Cita los bienes que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria.

Enunciado 4

¿Pueden ser los frutos pendientes de una explotación agrícola puestos en garantía sin hacer lo propio con el inmueble al cual acceden?

Enunciado 5

¿En qué sección del Registro de Bienes Muebles se debería inscribir una anotación preventiva de embargo sobre un vehículo automotor?



Solución 1

No, la inscripción de la hipoteca mobiliaria, al igual que la de la prenda sin desplazamiento de la posesión, tiene carácter constitutivo. El artículo 3 de la ley en la materia lo expresa diciendo que el acreedor carecerá de los derechos que se le conceden en virtud de su regulación en defecto de inscripción. El crédito, pues, quedará en pie, pero no así la garantía ni el privilegio con que para el cobro de aquel se acompaña.

Solución 2

El presupuesto central del que parte la distinción entre ambas clases de garantía es la naturaleza de los bienes muebles objeto en cada modalidad, en cuanto a su más exacta identificación o la posibilidad física para gravarse.

Para los bienes muebles más fácilmente identificables, individualizables, se disciplina la hipoteca mobiliaria; para los que no lo sean, por ser fungibles, genéricos o futuros, se establece la prenda sin desplazamiento. A partir de aquí todo el régimen de la garantía de que se trate varía por completo: son así inimaginables para la hipoteca mobiliaria las especiales obligaciones que se disponen en la legislación específica acerca del mantenimiento de las cosas gravadas por prenda sin desplazamiento en el lugar referenciado en la escritura o póliza de constitución de la garantía.

Solución 3

Los bienes que pueden ser objeto de la hipoteca mobiliaria según la ley en la materia son los siguientes:

- Los establecimientos mercantiles.
- Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.
- Las aeronaves.
- La maquinaria industrial.
- La propiedad intelectual y la industrial.

Ningún otro bien será susceptible de gravarse por su medio; en este sentido, el número es cerrado.

Solución 4

Los frutos pendientes no podrían ponerse como objeto de una prenda ordinaria, de una prenda con desplazamiento, pues, siendo bienes futuros, esperados, pero futuros, no cabe transmitir su posesión. Si no hubiera otra previsión sobre ellos, la única manera de ponerlos en garantía sería hipotecando el inmueble. La manzana mientras está colgada en el árbol será fruto y corresponderá a quien tenga reconocido el derecho a disfrutar del inmueble en que el manzano se sitúa. Solo cuando se desprenda, naturalmente o por la mano del hombre, podrá servir la manzana como objeto independiente para el derecho real que fuese.

Con lo anterior, se comprende la virtualidad del artículo 52 de la Ley de 1954 cuando posibilita que la prenda sin desplazamiento de la posesión tenga por objeto los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato. Diferencia, pues, el inciso entre los frutos ya cultivados, y esperados también, de las cosechas previstas, en referencia estas a los cultivos próximos a realizarse. Pero la ley no puede cambiar la naturaleza de las cosas, y estas, por futuras, no gozarían de individualidad, de ahí que se requiere del *status loci*, de la determinación en la escritura o póliza del lugar de explotación, del inmueble en definitiva del que se espera la producción de tales bienes (art. 54, núm. 2.º).

Solución 5

En la segunda. Al tratarse de un bien cuya matriculación se lleva por un Registro administrativo, se anotará también en este para mayor seguridad de que el embargo sea conocido por terceros interesados en la posterior adquisición del automóvil. Sobre el Registro de Vehículos, véase en este sentido el artículo 2 del Reglamento General de Vehículos aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre.



Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:



Enunciado 1

¿Cuál sería la fórmula prevista, de entre las que se establecen en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, a la que podría acudir una empresa de autos de ocasión para obtener financiación poniendo en garantía los vehículos que conformaran su fondo de comercio sin necesitar, mientras la garantía estuviera vigente, solicitar autorización previa del acreedor en cada oportunidad que hubiera de vender un coche?

Enunciado 2

¿Pueden pignorarse los frutos esperados de una explotación agrícola situada en un inmueble que ya se encuentra hipotecado por su dueño y titular de esa explotación?

Enunciado 3

La entidad Litesa, SL otorgó un préstamo a la entidad Glacil, SL de 5.000.000 de pesetas, garantizado a través de una hipoteca mobiliaria, que se constituyó con fecha 18 de noviembre de 1995 ante el notario de Salamanca don Julio Rodríguez García, sobre el establecimiento mercantil Mar Azul. En concreto, la hipoteca mobiliaria se extendió a los derechos de traspaso del local de negocio sito en Salamanca, Avenida de Portugal, 181, propiedad de los demandados, y a la maquinaria industrial que se encontraba depositada en el local, además de las demás máquinas, mobiliario, utensilios y otros instrumentos de producción y trabajo.

Clemente, propietario del local arrendado y arrendador del mismo, conoció la existencia de la hipoteca, puesto que compareció voluntariamente ante el notario, el 27 de noviembre de 1995, manifestando que se daba por notificado de la constitución de la hipoteca mobiliaria sobre los derechos de traspaso del local de la Avenida de Portugal, 181, de Salamanca. Posteriormente, en abril de 1997, se presentó por Litesa, SL demanda de procedimiento judicial sumario al amparo de los artículos 82 y siguientes de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión en reclamación de 7.000.000 de pesetas, que dio origen al procedimiento número 177/97 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Salamanca; y, del mismo modo, con fecha 21 de mayo de 1997, se remitió por conducto notarial al arrendador, don Clemente, notificación de la iniciación del procedimiento judicial sumario referenciado.

Seguido el procedimiento por sus trámites, se sacó el establecimiento mercantil a pública subasta, pero, cuando quedaba menos de un mes para la misma, se comprobó cómo el establecimiento mercantil que se encontraba hipotecado había desaparecido por completo, estando en ese momento desarrollándose obras en el local, en el que se hallaba instalada la tienda de productos congelados (el negocio objeto de la hipoteca mobiliaria).

El acreedor formuló denuncia, ampliada con una querella, que fue sobreseída, no obstante lo cual, a través de las actuaciones penales, se conoció que se había presentado por los propietarios un juicio de desahucio, por falta de pago, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Salamanca, en el que se produjo el lanzamiento de los ocupantes el día 10 de julio de 1997, depositándose todos los bienes en la calle Borneo, 7-11, a disposición de la entidad Litesa, SL, previo pago de los gastos originados.

a) ¿Cómo es la relación entre la hipoteca de establecimiento mercantil y el régimen de arrendamientos cuando el establecimiento que se hipoteca se ubica en local alquilado?

b) Según el relato de hechos y en función de lo contestado en la pregunta anterior, ¿el propietario-arrendador habría de resultar responsable frente al acreedor hipotecario por haber desahuciado por falta de pago a la entidad arrendataria?



Solución 1

En la Ley de 1954, sabemos que los automóviles son objeto específicamente previsto respecto de la hipoteca mobiliaria, en atención a su óptima identificación dentro de la vasta categoría de los bienes muebles (*cfr.* arts. 34 y ss.). Pero esta modalidad, la hipoteca mobiliaria, no cumpliría con el interés buscado en el supuesto, donde se trata de evitar que para cada acto de disposición se tenga que pedir permiso al acreedor (*cfr.* art. 4 de la ley citada). Y es que, si nos fijamos bien, los automóviles, en nuestro caso, son en realidad objeto del giro comercial de una explotación comercial, auténticas mercancías cuya entrada y salida requieren de una garantía más flexible que no obligue a recabar ni la autorización del acreedor garantizado ni a proceder a la continua cancelación de la hipoteca de los bienes vendidos e inmediata constitución de la que corresponda a los que vengan a sustituirlos.

Siendo, pues, mercancías, parecería surgir la prenda sin desplazamiento como alternativa (*cfr.* art. 53 de la ley citada). Sin embargo, también la regulación del tipo establece la necesidad de que para la enajenación de los bienes pignorados se cuente con el consentimiento del acreedor (arts. 4 y 65 de la ley citada).

No existiría, pues, fórmula alguna que cumplimentara, más que el interés, la necesidad funcional del empresario si no fuera porque las mercancías, como tales, también pueden quedar gravadas, mediante pacto expreso, si se hipoteca el establecimiento mercantil a cuyo giro atienden. Y es que solo respecto de esta clase de garantía se establece que bastará con la obligación del deudor de tener mercaderías en cantidad y valor igual o superior a los que se hayan fijado en la escritura de la hipoteca, «reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio», sin perjuicio del «derecho del acreedor de inspeccionar el giro y el tráfico del establecimiento, en la forma y plazo estipulados, sin estorbar en ningún caso, su normal desenvolvimiento» (art. 22 de la ley citada).

Solución 2

No, como dispone el artículo 55 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, donde se hace expresa alusión a los bienes que por pacto hubieren sido hipotecados con arreglo al artículo 111 de la Ley Hipotecaria. Recuérdese, para lo que aquí nos interesa, cómo este último artículo establece que la hipoteca inmobiliaria no se extiende, salvo pacto o disposición legal en contrario, a los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su

adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria (a no ser que resulten inseparables del inmueble sin quebranto de la materia o deterioro del objeto), ni tampoco a los frutos, pendientes o futuros.

Solución 3

Para la contestación de las preguntas formuladas, véase la Sentencia de 23 de febrero de 2007, del Tribunal Supremo (RJ 2007\1474), de la que se ha extraído el supuesto, y cuyo texto se proporcionará al alumno a través del Aula Virtual de la asignatura.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

GARCÍA SOLÉ, F. y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: *Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

GÓMEZ MATOS, M.: *El Registro de Bienes Muebles*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2005.

GONZÁLEZ-BUENO, C. J.: *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: «La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1958, págs. 115 y ss.

RODRÍGUEZ HERRERO, A.: *La hipoteca de bienes muebles registrables*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1997.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, Montecorvo, 1973.

Avanzada

CÁMARA, H.: *Prenda con registro o hipoteca mobiliaria*, Buenos Aires, Ediar, 1961.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

PAU PEDRÓN, A.: «La hipoteca de propiedad intelectual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 642, 1997, págs. 1.747 y ss.



ROGEL VIDE, C. y SERRANO GÓMEZ, E.: *Manual de Derecho de autor*, Madrid, Reus, 2008.

SANZ FERNÁNDEZ, Á.: «La prenda sin desplazamiento», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1946, págs. 117 y ss.

SERRANO GARCÍA, I.: *La hipoteca de establecimiento mercantil*, Madrid, Edersa, 1975.

UNIDAD DIDÁCTICA

4 OTRAS GARANTÍAS REALES

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. La reserva de dominio
   - 1.1. Naturaleza
   - 1.2. Efectos
2. Las prohibiciones de disponer en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles
3. La anticresis
   - 3.1. Evolución del instituto
   - 3.2. Modalidades
     - 3.2.1. La anticresis extintiva (u ordinaria)
     - 3.2.2. La anticresis compensatoria
   - 3.3. Contenido y efectos

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Se completa en esta Unidad didáctica 4 el panorama de las garantías reales desde el prisma de nuestro ordenamiento. La Unidad se divide así en dos partes: una dedicada al particular régimen de la reserva de dominio según se contempla en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles; y una segunda parte, en la que volvemos al Código Civil para tratar de la anticresis, la tercera de las garantías reales que se disciplinan en su sede.

1. LA RESERVA DE DOMINIO

1.1. NATURALEZA

En materia inmobiliaria, la finalidad que persigue la reserva de dominio se obtiene mejor a través de la garantía hipotecaria o por la condición resolutoria expresa a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, con relación al artículo 1.504 del Código Civil. El pacto de reserva de dominio es, por el contrario, muy frecuente en las ventas de toda clase de cosas muebles (automóviles, electrodomésticos, etc.).

Sobre su configuración y efectos, existen dos posturas diferenciadas. La primera, de absoluta coherencia con lo que surge del término, pero todavía más importante, con lo que creen las partes, somete la transmisión de la propiedad a la condición, suspensiva, de que se abone el total del precio abonado, por más que se haya entregado desde un primer momento la posesión.

La segunda tesis acerca de la reserva de dominio ve en ella un derecho real de garantía, un derecho real limitado, por tanto, parecido a las garantías mobiliarias vistas hasta aquí, siendo tal la posición que deriva de la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, particularmente de su artículo 16.5, cuando establece que el acreedor, «para el cobro de los créditos nacidos de los contratos otorgados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, así como de aquellos contratos formalizados en el modelo oficial establecido al efecto e inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles [hoy, en la sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles], gozará de la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1.922.2.º y 1.926.1.ª del Código Civil»; a saber, la preferencia y la prelación de la que disfruta el común acreedor prendario.

Por tanto, para el legislador, el vendedor con reserva de dominio a su favor sería acreedor, privilegiado si consta inscrito, es cierto, pero no propietario. En su vertiente básica, por tanto, la reserva de dominio puede definirse, así, como aquella cláusula pactada en el contrato de compraventa por la cual el vendedor se asegura el cobro del precio aplazado mediante la constitución, en unidad de acto, de un derecho real limitado de garantía sobre el bien cuya posesión entrega al comprador.



EJEMPLO 1

El supuesto básico de reserva de dominio es el siguiente:

Santiago compra una maquinaria a Pedro cuyo precio se difiere en 12 cuotas sin interés, reservándose Pedro la propiedad hasta el pago de la última cuota.

EJEMPLO 2

Pero también es supuesto de reserva de dominio el siguiente:

Santiago compra un coche de segunda mano financiado por el banco que trabaja con el concesionario, entidad bancaria que se reserva el dominio sobre el automóvil hasta el pago de la última cuota.

Puede verse aquí que existen tres protagonistas: comprador, vendedor y financiador, único acreedor resultante tras la operación, ya que es él quien adelantará el precio del automóvil al vendedor a cambio de cobrarse del comprador los intereses correspondientes por el capital adelantado.

El supuesto es muy parecido al *leasing* financiero, tanto que tal suele ser la fórmula con la que nos encontramos para instrumentar la misma relación cuando el bien supera un cierto valor, siempre dependiente del interés y voluntad de quien haya de financiarlo. En todo caso, en la venta con reserva de dominio, típica por ello sobre bienes muebles, la propiedad pasaría directamente al comprador, como arriba se ha concluido, a salvo de las importantes facultades que se le atribuyen por la ley al acreedor-financiador. En el *leasing*, en cambio, el financiador anticipará el precio como capital, haciéndose propietario del bien hasta que al final, y en su caso, se ejercite la pertinente opción de compra por el tomador del bien, comprador en nuestro ejemplo.

1.2. EFECTOS

En cuanto a los efectos de la reserva de dominio, debe distinguirse entre la que está inscrita en el Registro Mobiliario y la que no lo está.

Así, el acreedor beneficiario de una reserva de dominio inscrita tiene los siguientes derechos:

- Acudir al procedimiento especial, de carácter abreviado, que establece el artículo 16.2 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles en caso de incumplimiento por parte del deudor.
- Perseguir el bien con independencia de que haya pasado a manos de un tercero para hacerse pagar con el valor que se obtenga con motivo de su ejecución (art. 16.3).
- Cobrarse con la preferencia y prelación de los artículos 1.922.2.º y 1.926.1.ª del Código Civil sobre el valor al que ascienda el mueble (art. 16.5, párr. 1.º).
- Ejecutar en expediente separado el bien en caso de concurso del deudor. El acreedor excluirá así el bien de la masa concursal para cobrarse (art. 16.5, párr. 2.º).

Por el contrario, la reserva de dominio que no se encuentra inscrita no será oponible frente a terceros, cayendo el bien en la nebulosa, la contrariedad que supondrá para el vendedor o financiador titular del derecho derivado la regla «posesión vale título» del artículo 464 del Código Civil. Por lo que, si bien el artículo 1.922.1.º del Código Civil establece que gozan de preferencia los créditos que corresponden al precio de venta de bienes muebles que están en poder del comprador, hasta donde alcance el valor de los mismos, sin embargo, este privilegio cederá cuando se trate de ventas a plazos sometidas a la legislación específica en la materia, que impone la necesidad de haber llevado a cabo inscripción registral de la relación convenida.

2. LAS PROHIBICIONES DE DISPONER EN LA LEY DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

Junto a la reserva de dominio, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles prevé también, como medida de protección del interés del acreedor, la prohibición de enajenar para el deudor, prohibición que le impide realizar ese o cualquier otro acto de disposición, en tanto no haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador. En puridad, es un elemento natural del contrato de venta a plazos, aun cuando no se prevea expresamente en el cuerpo del contrato, y siempre que el vendedor o financiador no autorice la libre enajenación del objeto vendido.



La prohibición de disponer excluye, salvo que las partes se limiten a prohibir determinados actos de enajenación o gravamen y bajo sanción de nulidad absoluta, cualquier acto dispositivo, a excepción de los actos mortis causa y los actos de disposición forzosa, es decir, las adjudicaciones derivadas de realizaciones forzosas judiciales o administrativas.

La enajenación o el gravamen realizados contra la prohibición de disponer serán, como se dice, nulos. No obstante, frente a terceros, esto es, quienes adquieran del comprador sometido a la interdicción, esta será inoponible en tanto no conste inscrito el pertinente contrato en el Registro de Bienes Muebles, y ello por virtud de la conocida regla general del artículo 464 del Código Civil.

Precisiones

Bien mirado, que la ley en la materia contemple esta prohibición supone un nuevo motivo para entender que la reserva de dominio, al menos la contemplada en esa ley, refleja una garantía real similar a las que regula la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (recuérdese especialmente en este sentido el art. 4 de esta ley), puesto que, con respecto a la otra posición vista acerca de la naturaleza de la reserva, aquella que considera que difiere el efecto traslativo de la propiedad, no se mostraría muy compatible la previsión legal con el hecho de que el comprador todavía no fuera propietario.

3. LA ANTICRESIS

3.1. EVOLUCIÓN DEL INSTITUTO

Tomado de los griegos, la práctica jurídica romana conoció el pacto por cuya virtud el acreedor podía compensar los intereses del dinero que prestaba mediante la percepción de los frutos que resultaran de la cosa que se le otorgaba en prenda. En las fuentes aparece bajo el término de **anticresis**, palabra griega que significa «goce mutuo» o «recíproco», definiéndose como la facultad de disfrutar de la prenda en contraprestación por el uso del dinero (*mutuum usus pignoris pro credito*). En cualquier caso, el pacto no constituía una garantía independiente, una variante específica del *pignus*, sino una convención añadida por la que operaba una especie de intercambio, de trueque entre las rentas del capital y las de la garantía.

En el Derecho intermedio, al condenarse el préstamo a interés y vigilarse contra la usura, la anticresis quedó francamente relegada. Y será esta la razón por la que el instituto comience a adoptar la fisionomía que actualmente más lo caracteriza.

En este sentido, en las escasas ocasiones en que se convenga, ya no se hará a los fines de compensar la utilidad devengada por el capital con los frutos dispensados por la prenda, sino como medio para la progresiva extinción de las obligaciones, en cuanto los frutos se imputarán directamente al capital. Así, la anticresis logrará superar la etapa codificadora, de la cual saldrá considerablemente remozada: en primer lugar, al consagrarse como tipo sustantivo, con naturaleza propia, aunque circunscrito a los inmuebles; luego, porque, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, derivación filial del dogma de la libertad proclamado para el cambio de régimen, curiosamente se volverá a prever la posibilidad de utilizarlo con aquella virtualidad compensatoria típica de sus orígenes.

Pese a todo, la recepción positiva de la anticresis no fue un factor suficiente como para su éxito en la modernidad. Se arriba a esta conclusión, de un lado, por el desgaste que ha de importar para el deudor transmitir la posesión de un inmueble, objeto siempre de gran valor y susceptible de producción; de otro, por el hecho de que los operadores en un mercado de crédito profesional y mínimamente evolucionado no suelen estar dispuestos a soportar las molestias y costos que la administración inmediata de los bienes conlleva.

3.2. MODALIDADES

Por sus efectos, cabe hablar de dos modalidades básicas de anticresis:

- La extintiva (u ordinaria).
- La compensatoria.

3.2.1. La anticresis extintiva (u ordinaria)

Se reputa extintiva la anticresis por la cual «el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito» (art. 1.881 del CC).



EJEMPLO 3

En escritura pública, Juan concede a Pedro un préstamo por la suma de 100.000 euros más 20.000 en concepto de intereses. En el mismo instrumento, Pedro autoriza a Juan a que tome posesión de un bien inmueble de su propiedad que tiene dedicado a la producción hortofrutícola. Por su parte, Juan se obliga a restituir la finca una vez se reintegre de ambas cantidades contra los frutos que obtenga de la explotación del inmueble, y rindiendo cuentas de lo obtenido al final de cada año natural.

Precisiones

Aunque aparentemente similar, en esta modalidad básica, la anticresis no constituye una suerte de usufructo en garantía, por cuanto entre ambos derechos se advertirían sustanciales diferencias, pudiéndose establecer, en cuanto destacadas, las siguientes:

- El usufructuario puede proceder respecto de la cosa con libertad, respetando siempre el principio de *salva rerum substantia*; el anticresista está obligado a redituarla, haciendo lo posible para sacar de ella los máximos provechos en atención al género de explotación acostumbrado, lo que justamente explica que deba rendir cuentas.
- El propietario, en el usufructo, no puede exigir ni instar su extinción, por más que ante el mal uso de la cosa pueda pedir que se le entregue, «obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración» (art. 520 del CC); respecto de la anticresis, al contrario, puede librar del gravamen la cosa mediante el entero pago de la deuda (ex art. 1.883 del CC).
- El usufructo es transmisible, aunque condicionando ese acto de disposición, siquiera sea a título gratuito, al fin del usufructo, esto es, a aquel momento en que habría de extinguirse de continuar en cabeza del disponente, y ello a salvo del arrendamiento de las fincas rústicas, el cual habrá de considerarse subsistente durante el año agrícola (*cfr.* art. 480 del CC); en cambio, la anticresis, en cuanto derecho accesorio, se trasmitirá si se hace lo propio con el crédito, con total desvinculación de la persona del cedente.
- Solo el derecho de anticresis faculta para que el titular retenga la cosa mientras la contraparte no cumpla con alguna otra obligación contraída posteriormente (*cfr.* art. 1.886 en remisión al art. 1.866, párr. 2.º, del CC).

3.2.2. La anticresis compensatoria

La anticresis es compensatoria cuando las partes determinan que los frutos se compensen con los intereses, de tal modo que si, por ejemplo, la cosecha que se está esperando se pierde por fuerza mayor o caso fortuito (incendio, lluvias torrenciales), el acreedor no podría dirigirse contra el deudor por los intereses que por tal motivo no hubiera logrado compensar. Pero estamos ante un pacto que debe introducirse expresamente, pues, de no hacerse así, la anticresis regiría con pleno alcance extintivo (*cfr.* art. 1.885 del CC).

EJEMPLO 4

En escritura pública, Juan concede a Pedro un préstamo por la suma de 100.000 euros. En el mismo instrumento, Pedro autoriza a Juan a que tome posesión de un bien inmueble de su propiedad que tiene dedicado a la producción hortofrutícola. Por su parte, Juan se obliga a restituir la finca a los cuatro años, momento en que Pedro deberá, por su parte, devolver el capital que le fue entregado si no quiere que Pedro inste la ejecución del inmueble para cobrarse.

3.3. CONTENIDO Y EFECTOS

El derecho de anticresis confiere al acreedor las siguientes facultades:

- Retener el inmueble hasta que el deudor no le pague enteramente lo que le debe.
- Disfrutar, hacer producir el inmueble según la concreta modalidad de anticresis constituida.
- Instar la enajenación forzosa de la propiedad sobre el inmueble en caso de incumplimiento del deudor en el plazo establecido.

Correlativamente, tiene el acreedor las siguientes obligaciones:

- Conservar el inmueble en las condiciones recibidas, pagando los gastos necesarios al efecto, sin poder cambiar el destino económico que le es propio, al menos no sin consentimiento expreso del deudor.



- Pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Tanto estos gastos como los necesarios para la conservación de la cosa se deducirán de los frutos imputables para la amortización del capital o sus intereses, según sea el caso.
- Restituir el bien tan pronto cumpla en tiempo y forma el deudor con la obligación garantizada.

Por su parte, el deudor o, más exactamente, constituyente de la anticresis, pues, como sabemos, puede ponerse un bien en garantía de una deuda ajena, conservará durante la vigencia de la relación anticrética el dominio sobre el inmueble, pudiendo, entonces, enajenarla, aunque con tal derecho real de garantía como gravamen.

Advierte el artículo 1.882 del Código Civil que si bien, como se ha señalado, el propietario no podrá readquirir la posesión del inmueble sin antes haber saldado la deuda contraída con el acreedor, este podrá librarse de sus obligaciones relativas a los gastos de conservación y del pago de contribuciones y cargas que pesan sobra la finca, obligando al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, salvo pacto en contrario. En la doctrina se sostiene que ello no extinguiría el derecho de anticresis, con lo que el acreedor seguiría teniendo el derecho de aplicar los frutos del inmueble al pago de los intereses y el capital de la obligación garantizada. Se trataría de una insólita situación en la que el propietario debería de trabajar para el acreedor, pues solo así podrían generarse los frutos imputables al efecto; un derecho real *in faciendo* en toda regla, del que, justamente por ello, en los hechos no se conocen precedentes.

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- En su vertiente básica, la reserva de dominio se define como aquella cláusula pactada en el contrato de compraventa por la cual el vendedor se asegura el cobro del precio aplazado mediante la constitución, en unidad de acto, de un derecho real limitado de garantía sobre el bien cuya posesión entrega al comprador. Pero en su concepto la reserva de dominio también se extiende a ese otro supuesto, previsto específicamente en la ley, por el cual sería un tercero distinto al vendedor, al proveedor del bien en el contrato de adquisición, el favorecido por la garantía con vistas a la devolución del dinero prestado al consumidor o particular para adquirir precisamente el bien del concesionario o proveedor de turno.
- Conceptualizada como antecede, la reserva de dominio, inscrita en el Registro de Bienes Muebles de conformidad con la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998, confiere al acreedor titular las siguientes facultades:

  – Instar el procedimiento especial que establece la referida ley en caso de incumplimiento por parte del deudor.

  – Perseguir el bien con independencia de que haya pasado a manos de un tercero para hacerse pagar con el valor que se obtenga con motivo de su ejecución.

  – Cobrarse con la preferencia y prelación de los artículos 1.922.2.º y 1.926.1.ª del Código Civil sobre el valor al que ascienda el mueble.

  – Ejecutar en expediente separado el bien en caso de que se declare el concurso del deudor.

  En cambio, la reserva de dominio no inscrita será inoponible a terceros, cayendo el bien en el régimen común que para los bienes muebles fija el artículo 464 del Código Civil.
- Junto a la reserva de dominio, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles prevé también, como medida de protección del interés del acreedor, la prohibición de enajenar para el deudor, prohibición que le impide realizar ese o cualquier otro acto de disposición, en tanto no haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador. En puridad, es un elemento natu-



ral del contrato de venta a plazos, aun cuando no se prevea expresamente en el cuerpo del contrato, y siempre que el vendedor o financiador no autoricen la libre enajenación del objeto vendido.

- La práctica jurídica romana conoció el pacto por cuya virtud el acreedor podía compensar los intereses del dinero que prestaba mediante la percepción de los frutos que resultaran de la cosa que se le otorgaba en prenda. Se trataba de una cláusula accesoria del *pignus*, carente de la autonomía con la que como derecho real aparecería en algunos Códigos modernos, como el español, sin que su recepción positiva haya potenciado el empleo de la figura en la actualidad. En primer lugar, por el desgaste que ha de importar para el deudor transmitir la posesión de un inmueble, objeto siempre de gran valor y susceptible de producción; en segundo lugar, por el hecho de que los operadores en un mercado de crédito profesional y mínimamente evolucionado no suelen estar dispuestos a soportar las molestias y costos que la administración inmediata de los bienes conlleva.
- Existen dos modalidades básicas de anticresis:
  - La anticresis extintiva u ordinaria, por la cual el acreedor adquiere la posesión de un inmueble con el derecho a percibir sus frutos al objeto de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital.
  - La anticresis compensatoria, en la que las partes determinan que los frutos se compensen con los intereses, sin que el goce del inmueble sirva para ir amortizando el capital por tanto.
- Por lo que respecta al contenido y a los efectos de la anticresis, son derechos del acreedor anticrético los siguientes:
  - Retener el inmueble hasta que el deudor no le pague enteramente lo que le debe.
  - Disfrutar, hacer producir el inmueble.
  - Instar la enajenación forzosa de la propiedad sobre el inmueble en caso de incumplimiento del deudor en el plazo establecido.

  Correlativamente, el acreedor tiene las siguientes obligaciones:

  - Conservar el inmueble en las condiciones recibidas, pagando los gastos necesarios al efecto, sin poder cambiar el destino económico que le es propio, al menos no sin consentimiento expreso del propietario del bien.

– Pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Tanto estos gastos como los necesarios para la conservación de la cosa se deducirán de los frutos imputables para la amortización del crédito o sus intereses.
– Restituir el bien tan pronto cumpla en tiempo y forma el deudor con la obligación garantizada.

Por su parte, el constituyente de la anticresis conservará durante la vigencia de la relación anticrética el dominio sobre el inmueble, pudiendo, en consecuencia, enajenarla, aunque con tal derecho real de garantía como gravamen.



A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Explica la función de garantía que cumple la reserva de dominio y su régimen en nuestro ordenamiento.

Enunciado 2

Desarrolla las dos modalidades de anticresis que se destacan a partir de la legislación.

Enunciado 3

¿Se extingue la anticresis si, como en el derecho de retención, el acreedor opta por entregar la cosa antes de tiempo?



Solución 1

La reserva de dominio se regula en nuestro ordenamiento al amparo de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998. Constituye, en rigor, una garantía mobiliaria que no incorpora traslación posesoria a favor del titular beneficiario de la reserva, esto es, el vendedor o financiador de la cosa adquirida a plazos, cuya oponibilidad frente a terceros, y especialmente frente al resto de acreedores del deudor/comprador, se hace depender de la inscripción del contrato de compraventa, al que accede la reserva como cláusula, en la sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles.

Solución 2

Según la regulación del Código Civil, existen dos modalidades básicas de anticresis:

- La anticresis ordinaria, de carácter extintivo, por la que se entrega un inmueble para que con los frutos que vaya produciendo se paguen primero los intereses y luego el capital adeudado en garantía de cuya devolución se haya constituido la anticresis.
- La anticresis compensatoria, en la cual el goce de la cosa se imputará genéricamente a la extinción de los intereses, quedando todo el capital pendiente de amortizar mediante el pago ordinario por parte del obligado.

Solución 3

No, aunque conviene distinguir según la modalidad ante la que estemos. En el caso de la anticresis compensatoria, el acreedor es libre de renunciar a la producción de frutos devolviendo el inmueble; de resultas, el constituyente recuperará la posesión material del bien, sin que la restitución del bien antes de tiempo importe cambio alguno en los tiempos acordados para devolver el capital, ni el bien deje de estar sujeto como garantía con vistas a su posible ejecución diferenciada si acontece el incumplimiento.

Por lo que respecta a la anticresis extintiva, el Código señala, en precepto aparentemente aplicable a ambas modalidades anticréticas, pero cuya redacción solo se comprende si se pone en relación con la que ahora tratamos, que el acreedor podrá devolver en cualquier momento el bien para liberarse del pago de cargas y contribuciones, entendiendo la doctrina que la previsión no debe interpretarse en el sentido de que la anticresis se extinga. El constituyente, pues, deberá hacer producir la finca para ir pagando al acreedor, resultado técnicamente disvalioso en cuanto el contenido de la anticresis mudará aquí a esa prestación positiva y periódica a cargo del propietario del inmueble.



EJERCICIOS VOLUNTARIOS

Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:

Enunciado 1

Luego de pensárselo mucho, Miguel, joven becario de investigación de un importante centro de estudios universitario, decide comprar un ordenador portátil. Con la firma vendedora conviene en abonar lo que cuesta el aparato en 24 mensualidades, con una tasa de interés que asciende a un 12 %. La vendedora se reserva el dominio sobre la máquina hasta la satisfacción íntegra del precio.

a) ¿Qué valor reconoce nuestro ordenamiento a la cláusula de reserva de dominio?

b) ¿A partir de qué momento se convierte Miguel en propietario del ordenador?

c) ¿Podría Miguel vender la máquina a un tercero mientras no hubiera abonado el saldo aplazado?

d) ¿Cómo habría de accionar la compañía vendedora de incumplir Miguel con el pago de las cuotas?

Enunciado 2

Supongamos que un empresario compra y recibe una partida de ordenadores destinada a su venta a los consumidores y que el precio conviene en pagarse, sin intereses, en dos momentos: la mitad, al momento de hacerse la entrega, y el resto, transcurridos dos meses.

a) ¿Podría el comprador poner los ordenadores en garantía de la devolución de un crédito concedido por un tercero antes de saldar el precio por su adquisición?

b) De hacerlo, ¿estaría legitimado el vendedor para dirigirse al acreedor pignoraticio (del comprador) que mantuviera los ordenadores en su poder transcurrido el tiempo acordado? ¿Quién gozaría, entonces, de preferencia?



Enunciado 3

En reconocimiento de una deuda de 100 millones de pesetas, y como garantía del pago de la misma, la Compañía Internacional A.V., SA, en escritura de fecha 23 de marzo de 1995, concede en anticresis a Actividades Cinegéticas La O., SA varias fincas, entregando su posesión al anticresista, quien percibiría «los frutos naturales, civiles y de cualquier especie de las fincas y bienes arrendados» por el tiempo necesario para que aquella cobre su crédito e intereses ordinarios y, en su caso moratorios, con el producto objeto de la misma, aplicando los frutos y «rentas» de dichos bienes al cobro de lo que se adeude en cada momento. La escritura se presenta en el Registro generando únicamente asiento en el Libro Diario, sin llegar a volcarse en el folio real de los inmuebles referidos sin que sepamos exactamente la razón.

Por otro lado, la Compañía Internacional A.V., SA, el 31 de diciembre de 1993, otorga escritura de préstamo hipotecario por un importe de 700 millones de pesetas a la Caja Rural de T., en garantía del cual ofreció las mismas fincas y en cuya escritura se acordó que en garantía del capital prestado, intereses, costas, gastos, daños y perjuicios caso de incumplimiento, aparte de la responsabilidad ilimitada de todos sus bienes, el prestatario constituía «hipoteca especial y voluntaria» sobre las meritadas fincas, garantía que sería extensiva «a cuanto determinan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento» y «además, por pacto expreso de las partes, a las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada», duración que se convino en 12 años, amortizable el capital en 20 plazos semestrales de 35 millones de pesetas cada uno, a partir del 30 de junio de 1996 y hasta el 31 de diciembre de 2005.

En fecha 5 de abril de 1995, la Caja Rural, sabedora de que la Compañía Internacional A.V., SA había solicitado declaración de suspensión de pagos, y que tal petición fue admitida a trámite por medio de providencia de 29 de marzo de dicho año por el Juzgado de Primera Instancia número 4 bis de los de Madrid, plantea ante el Juzgado de igual clase número 1 de los de Tarancón procedimiento judicial sumario según el artículo 131 de la Ley Hipotecaria en el que insta la subasta de las fincas. En atención a lo expuesto, Compañía Internacional A.V., SA y Actividades Cinegéticas La O., SA solicitan se declare la existencia del derecho de anticresis constituido entre ambas, que el mismo no está sujeto a la hipoteca constituido entre Compañía Internacional A.V., SA y la Caja Rural de T., que, en consecuencia, dicho derecho real de anticresis no puede extinguirse con motivo de la ejecución hipotecaria instada por dicha caja y que esta sea obligada a modificar los términos de su pretensión en el procedimiento judi-

cial sumario en el sentido de dejar a salvo el derecho real de anticresis del que goza la codemandante Actividades Cinegéticas La O., SA.

a) ¿Prosperará la petición de las entidades comerciales contra la ejecución hipotecaria instada por la Caja Rural? En otras palabras, ¿cuál de las dos garantías debería considerarse preferente?
b) De resultar preferente la anticresis, ¿podría prosperar la ejecución hipotecaria? En tal caso, ¿con qué efectos?



Solución 1

a) Se han de reproducir aquí las dos tendencias existentes sobre la calificación de la reserva de dominio como cláusula impediente de la traslación inmediata de la propiedad o ya, como surge de la legislación en materia de venta a plazos de bienes muebles, en cuanto garantía real sin desplazamiento posesorio a favor del acreedor, en nuestro caso, la firma vendedora del ordenador.

b) La solución varía radicalmente según se mantenga una u otra teoría acerca de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. Para la primera, la propiedad solo se transferirá, el becario solo se convertirá en propietario, al pagar la última cuota del precio financiado por el propio vendedor. En cambio, si se considera que la reserva de dominio es una garantía mobiliaria similar a la prenda, el becario se hará propietario en cuanto reciba la posesión del ordenador, y ello con independencia de cómo haya de abonar su precio.

c) Más allá de la calificación que se ofrezca de la reserva de dominio, la operación de venta referida queda incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, donde se dispone la prohibición de enajenar la cosa para el comprador en tanto no cumpla con el abono íntegro del precio o cuente con la pertinente autorización del acreedor (que así podrá controlar sobre la subrogación del tercero adquirente en la parte pendiente de abonar al momento). Sin embargo, y a reserva de la responsabilidad derivada de tal acto en que incurrirá el comprador, lo que cuenta frente al tercero es que sea de buena o mala fe, calificándose la buena fe del artículo 464 del Código Civil a partir de la falta de inscripción del contrato de venta en el Registro de Bienes Muebles; en otras palabras, la firma vendedora podrá exigir el cobro del crédito contra el valor del bien a cualquier persona que adquiera el bien financiado si es que el contrato de venta a plazos consta registrado, no pudiendo el tercero alegar su buena fe, por más que nunca haya consultado el Registro antes de comprar.

d) Conforme al procedimiento especial, de carácter abreviado, que recoge el artículo 16.2 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en evitación del trámite ordinario dependiente de la cuantía de la deuda al tiempo del incumplimiento.

Solución 2

a) Para responder a la pregunta, lo primero que debemos hacer es calificar el supuesto. En este sentido, queda el mismo excluido del ámbito de aplicación de la normativa sobre venta a plazos de bienes muebles por dos razones: en primer lugar, porque se trata de bienes que se habrían adquirido para su reventa (art. 5, núm. 1.º, de la Ley 28/1998); en segundo lugar, porque el plazo de diferimiento para completar el pago del precio no es superior a tres meses (art. 3, párr. 1.º, de la ley citada). Estamos, pues, ante una compraventa mercantil típica, sin mayores aditamentos.

   Calificada la operación como antecede, se nos pregunta si pueden ser pignorados los ordenadores. En la legislación común no se prohíbe que el comprador que aún debe el precio de los bienes adquiridos pueda enajenarlos, algo absolutamente corriente en la práctica empresarial, así que con más razón podría utilizarlos como garantía para financiarse. Lo que ocurre es que, precisamente por ser empresario, su interés no radicará precisamente en desprenderse de estos bienes, pues justo los necesita para cumplir mediante su venta con el giro comercial al que se dedica su empresa, por lo que la garantía a la que apunta la pregunta es alguna de las que hemos visto en la Unidad anterior. Siendo mercancías, bienes destinados para su venta por el empresario, la modalidad en concreto sería la prenda sin desplazamiento de la posesión.

b) Atento a lo dicho, deben distinguirse dos posibilidades entonces: que los ordenadores hayan sido objeto de prenda ordinaria o de prenda sin desplazamiento.

   Si la garantía se tratase de la, antieconómica en el supuesto, prenda ordinaria, esta no podría oponerse al vendedor mientras no se hubiera instrumentado en documento de fecha cierta, siendo por tanto preferente el crédito por el saldo del precio aun cuando la venta no se hubiera instrumentado de igual modo. Se ve así en la práctica cómo el artículo 1.865 del Código Civil corregiría la doctrina general en torno al artículo 464 del Código Civil, preceptos que deben tomarse asimismo en consideración para la aplicación del artículo 1.922 del Código Civil con relación a los criterios de preferencia sobre determinados bienes muebles.

   Si, en cambio, los ordenadores hubieran sido objeto de una prenda sin desplazamiento, por el referido artículo 56 de la ley de 1954, resultaría que el vendedor solo se impondría sobre el acreedor si la venta cuyo precio se hubiera diferido constara en escritura pública o equivalente, pues, de no ser así, el acreedor sería preferente.



Solución 3

Para la contestación de las preguntas formuladas, véase la Sentencia de 17 de julio de 1996, de la Audiencia Provincial de Cuenca (ref. la Ley 10642/1996), de la que se ha extraído el supuesto, y cuyo texto se proporcionará al alumno a través del Aula Virtual de la asignatura.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La cláusula de reserva de dominio: estudio sobre su naturaleza en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La reserva de dominio o la acción publiciana*, Barcelona, Bosch, 2001.

CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los Derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

GUTIÉRREZ PEÑA, F.: *El derecho de anticresis en el Código Civil español*, Madrid, edición del autor, 2004.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, Montecorvo, 1973.

Avanzada

GARCÍA GRANERO, J.: «Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, págs. 457 y ss.

GONZÁLEZ-BUENO, C. J.: *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.

REINA TARTIÈRE, G. de: «La anticresis: panorama tras la Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2009, págs. 259 y ss.

UNIDAD DIDÁCTICA

5 LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. La categoría de los derechos de adquisición
2. El derecho de opción
3. El derecho de tanteo
4. El derecho de retracto
   - 4.1. Idea general
   - 4.2. El concepto de retracto convencional: el pacto de retro
   - 4.3. Condiciones de ejercicio
     - 4.3.1. Sujetos: retrayente y retraído
     - 4.3.2. Tiempo
   - 4.4. Efectos
5. El retracto legal
   - 5.1. Concepto
   - 5.2. Especies
   - 5.3. El retracto de comuneros
   - 5.4. El retracto de colindantes
   - 5.5. Condiciones generales del retracto legal
     - 5.5.1. Condiciones relativas al actor



- 5.5.2. Condiciones relativas al demandado
- 5.5.3. Plazo de ejercicio
- 5.6. Efectos del retracto legal
- 5.7. Reglas de preferencia en el caso de ejercitarse el retracto por varias personas
- 5.7.1. Concurrencia de comuneros
- 5.7.2. Concurrencia de colindantes
- 5.7.3. Concurrencia de distinta naturaleza

6. Especial consideración de los derechos de adquisición arrendaticios

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

En la Unidad didáctica 5 trataremos de los derechos de adquisición, categoría de difícil comprensión dentro de los patrones clásicos de los derechos reales, pese a que en los manuales, y este no será la excepción, aparezcan con ellos integrados. Desde esta perspectiva se abordará el régimen de los derechos de opción, tanteo y retracto, con el propósito de que el alumno identifique los aspectos sustanciales de cada modalidad, así como su virtualidad práctica.



1. LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN

Siguiendo a Bosch Capdevila, los denominados «derechos de adquisición» (opción, tanteo y retracto) se caracterizan por la concesión a su titular de la facultad de adquirir a título oneroso un bien, adquisición que puede depender exclusivamente de la voluntad del titular del derecho (en la opción), o puede encontrarse supeditada a la intención de enajenar del propietario (en el tanteo) o a la enajenación ya autorizada en favor de tercero (en el retracto).

En efecto, mientras en el derecho de opción, la decisión de que tenga lugar o no la adquisición se deja en manos del eventual adquirente, que podrá verificar la adquisición si cumple los requisitos fijados en el título constitutivo, en los derechos de tanteo y retracto, la suerte de la transmisión depende del titular del derecho, pero también del propietario del bien, quien, si no lo desea, no podrá verse obligado a transmitir. Por ello, los derechos de tanteo y retracto, más que como derechos de adquisición, deben calificarse como derechos de preferente adquisición. No son realmente derechos de adquisición hasta que el concedente tiene la intención de enajenar. Puede ser, por tanto, continúa advirtiendo nuestro autor, que este momento no llegue nunca y que la facultad de adquisición no pueda hacerse efectiva; ahora bien, a partir del momento en que el concedente decide enajenar, empiezan a funcionar como un verdadero derecho de adquisición.

Introducidos así, es en relación con la naturaleza jurídica de este grupo de derechos donde las posiciones están claramente divididas. Un primer sector los considera derechos reales. Para García Amigo, uno de sus valedores, los derechos reales de carácter limitado serían susceptibles de subdividirse en los siguientes subtipos, en razón a la facultad «desintegrada» del dominio que los tipifique, lo que puede ocurrir:

- Sustrayendo al propietario todas o algunas de las facultades de uso y disfrute de los bienes: en tal supuesto nos hallamos ante los derechos reales de goce (usufructo, uso, habitación, servidumbres, etc.).
- Afectando a la facultad de disposición del *dominus*, lo que, a su vez, se puede realizar de dos maneras:

– La facultad de carácter dispositivo se condiciona a un tercero, a su voluntad, que puede actuarla para pagarse un crédito con el importe de la contraprestación; es el caso de los derechos reales de garantía.
– La facultad dispositiva se condiciona a la voluntad adquisitiva de otra persona, ya sea simplemente (es decir, con preferencia a terceros adquirentes), ya sea que el titular haya decidido vender o haya ya efectivamente vendido, lo que da lugar a tres derechos distintos:
    - Derecho de opción.
    - Derecho de tanteo.
    - Derecho de retracto.

Pues bien, para el autor, las tres figuras cumplirían con las notas tipificantes de los derechos reales, en cuanto el poder que dichos derechos atribuyen recaería directamente sobre una cosa determinada legal o negocialmente y, por otra parte, excluirían a cualquier otro de su adquisición con carácter general y absoluto, estableciendo una preferencia adquisitiva y concediendo poder para la adquisición aunque se haya enajenado la cosa a terceros.

Serrano Alonso completa el razonamiento, destacando la peculiaridad de las cosas que deben ser objeto de estos derechos. La cosa sobre la que recaen ha de ser conocida desde el momento del nacimiento del derecho, ya que «mal podría hablarse de derechos reales sobre cosa ajena si, por desconocer esta, no pudiera precisarse si ella era o no ajena, con lo cual faltaría uno de los elementos esenciales de todo derecho real, la cosa sobre la que recaen, y una característica de todos estos últimos (los derechos de adquisición preferente), la de que esa cosa corresponda a una persona distinta de la del titular de ellos», citando en este punto a Camy.

Frente a esta visión, la segunda corriente doctrinal sostiene la naturaleza personal de los derechos que se traen a colación. Coadyuvan importantes datos para tal consideración: el hecho de que sean derechos de tracto único, que se agotan al momento justo de ejercitarse, algo típico de los derechos personales, caracterizados, frente a los reales, por su falta de estabilidad o permanencia; el reconocimiento de los derechos de adquisición en los más variados ámbitos del Derecho, con independencia del sustrato material o no del bien susceptible de adquirirse (en el entorno de las sociedades mercantiles es una fórmula común y hasta esencial para el control efectivo de la entidad por sus fundadores); pero, sobre todo, aunque relacionado con este último dato, la ausencia de in-



mediación sobre la cosa, una vez constituido cualquiera de los derechos integrantes de la categoría, de lo que surge, como consecuencia, que la oponibilidad frente a terceros la lograrían estos derechos a través de una previsión legal habilitante o de su admisión a inscripción en el Registro, se presenten en este como simples cláusulas en un título traslativo (*v. gr.*, el retracto convenido a favor de quien por ese título se desprende de la cosa) o como negocios jurídicos independientes.

2. EL DERECHO DE OPCIÓN

Por virtud del **derecho de opción**, se concede a una persona (optante) la facultad de decidir la adquisición del dominio de una cosa, pagando el precio pactado en el contrato estipulado con el concedente (optatario).

EJEMPLO 1

Tomás decide establecerse por su cuenta, arrendando un local ubicado en el barrio madrileño de Argüelles. En el documento privado donde se formaliza el arrendamiento, se incluye una cláusula que habilita a Tomás para que pueda adquirir la propiedad del local si lo solicita estando vigente la locación y abona 100.000 euros.

Es evidente, dice Díez-Picazo, que la opción no otorga un derecho «directo e inmediato» sobre la cosa objeto del contrato, como también lo es que la opción no puede hacerse efectiva per se frente a un tercer adquirente. De este modo, y por principio, si el concedente enajena la cosa a un tercero, estaría violando el contrato, incumplimiento que se cifraría en la oportuna responsabilidad por daños y perjuicios.

La no necesidad de reproducir un consentimiento de naturaleza contractual que articule definitivamente las expectativas de las partes constituiría el elemento diferenciador entre el pacto de opción y el precontrato o promesa obligatoria de concluir un futuro contrato, en este caso, de compraventa. El contrato de opción no produciría la obligación de contratar, sino un derecho potestativo a favor y criterio del optante para que se le transmita la propiedad de la cosa.

Con todo, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario permite que se inscriba el derecho de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro título o contrato inscribible, «siempre que además de las circunstancias [comunes y generales] necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

1.ª Convenio expreso de las partes que se inscriba.

2.ª Precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

3.ª Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años», salvo en el caso del arrendamiento con opción de compra, la cual resultará ejercitable por el tiempo que dure el arrendamiento.

¿Significa la previsión un guiño a la naturaleza jurídico-real, siquiera para el derecho de opción, pese a lo concluido en el epígrafe anterior? La jurisprudencia ha dicho igualmente que no, que si bien es verdad que la opción logra oponibilidad por la inscripción, esta no presenta «la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación, y buena prueba de ello lo suministra el propio artículo 14 citado, pues si fuera derecho real sería inscribible sin necesidad de los requisitos complementarios» (SSTS de 9 de octubre de 1987 y 1989, 24 de octubre de 1990 y 11 de abril de 2000).

3. EL DERECHO DE TANTEO

Tanteo y retracto son dos modalidades íntimamente vinculadas dentro del género al que se dedican estas páginas. El **derecho de tanteo**, como ya se ha dicho, opera antes de la enajenación de la cosa, mientras que el de retracto lo hace después de ella. Que en el retracto haya siempre terceros directamente afectados en sus derechos dota a ambos de sustantividad jurídica, con independencia de la estrecha vinculación operativa mencionada. Esa sustantividad explica, expresa el Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 2004, que cuando tienen origen legal, unas veces consistan solo en el retracto (*cfr.* arts 1.522 y 1.523 del CC) y otras en el retracto previo tanteo, ya sea cumulativamente (*cfr.* arts. 1.636 a 1.638 del CC), ya solo para el caso de que la notificación precisa para el tanteo haya faltado [*cfr.* art. 25 de la LAU y 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (LAR)].



Precisiones

Como expresa Talma Charles, «para poder hablar de tanteo tiene que haber una enajenación meramente proyectada a favor de un tercero; entonces el impulso transmisivo se desvía, del tercero, al tanteante (que adquiere de manos del dueño, y no del tercero). El retracto requiere una enajenación ya consumada a favor de un tercero. Si la adquisición a favor del tercero todavía no se ha consumado, cabe entender que el adquirente se subroga en la adquisición de dicho tercero. Pero si el tercero ya es un auténtico *dominus*, entonces, técnicamente, el retrayente estará adquiriendo de manos de dicho *accipiens* (y no del *tradens*)».

Fuera del contexto normativo general referido, el derecho de tanteo convencional no se halla regulado en el Derecho positivo común, aunque es admitido por la doctrina y la jurisprudencia al amparo del principio de la autonomía de la voluntad sancionado por el artículo 1.255 del Código Civil.

EJEMPLO 2

En escritura pública, Manuel, propietario de un fundo, conviene con su vecino Ignacio que, si resuelve venderlo, lo preferirá a él como comprador.

Y en este sentido, se considera, por influjo de la previsión del Reglamento Hipotecario con respecto al derecho de opción, título a partir de cuya inscripción puede alcanzar, como la opción de compra, efectos reales.

El tanteo convencional inscrito podrá esgrimirse, así, frente a los titulares posteriores de derechos sobre el inmueble o terceros que adquieran (el dominio de) los bienes a aquel que afecte, lo cual es indudable y acorde con nuestro sistema registral. Los derechos reales limitativos del dominio, recuerda en este sentido De la Rica, lo mismo pueden restringir facultades de disfrute que facultades de disposición. «La hipoteca, en cuanto implica una participación del hipotecante o acreedor en el valor de la finca, condiciona la facultad dispositiva del dueño; y los derechos de adquisición, en suma, representan una restricción de la facultad dominical de libre disposición del llamado *ius*

disponendi. Construido como derecho real, el tanteo no implica prohibición de disponer, es decir, no "cierra el registro", pero las enajenaciones que el dueño realice a otra persona, sin las notificaciones o avisos que el tanteo presupone, no pueden prevalecer nunca y anular el derecho del titular del tanteo, el cual podrá ejercitarlo frente al nuevo propietario». Claro que, cuando tal supuesto se realice, cuando el dueño enajene con total despreocupación a un tercero, el tanteo pasará a ser verdadero retracto, puesto que implica una subrogación en el lugar del adquirente, con lo que se demostraría, como se ha expresado anteriormente, «que ambos derechos de preferencia no son más que fases distintas de un mismo y único derecho».

EJEMPLO 3

En el ejemplo inmediatamente anterior, inscrita la escritura pública del derecho de tanteo constituido por Manuel en favor de Ignacio, tres hipótesis de solución existirían si Manuel, obviando lo estipulado, dispusiera de su propiedad en favor de un tercero:

- La adquisición del tercero sería válida e irrevocable, en cuyo caso el tanteo, pese a su inscripción, solo surtiría el efecto de un derecho personal.
- La adquisición del tercero no sería inscribible por ir contra la limitación reflejada en el folio registral en torno a una eventual disposición de Manuel, en cuyo caso el tanteo funcionaría como una verdadera prohibición de enajenar fuera de los límites pactados y anoticiados en el Registro.
- La adquisición del tercero sería inscribible, pero podría revocarse si Ignacio, titular del derecho inscrito de tanteo, lo ejercitara.

Con De la Rica, se debe advertir sobre la corrección de la tercera de las soluciones mencionadas. Así pues, podrá inscribirse la escritura de venta a tercero, sin que en la misma consten las notificaciones propias del tanteo, pero el titular de este derecho podrá ejercitar el retracto, como ajustada sanción, frente al incumplimiento del tanteo.

4. EL DERECHO DE RETRACTO

4.1. IDEA GENERAL

En general, el **derecho de retracto** se define doctrinalmente como el derecho que compete a ciertas personas, por ley o por pacto, para adquirir por el mismo precio la cosa



que ha sido vendida a otro, rescindiendo el contrato con respecto al comprador en cuyo lugar se subrogan. De ello se desprende que el retracto puede ser legal o convencional, según tenga su origen en la ley o en un pacto.

Sin embargo, la moderna doctrina se opone a esta caracterización unitaria del retracto. Incluso en las legislaciones extranjeras no se engloban ambas figuras bajo un mismo concepto y terminología, sino que se consideran por separado:

- El verdadero retracto, que es el retracto legal.

EJEMPLO 4

Es lo que ocurre entre dos comuneros, entre dos copropietarios de una cosa, cuando uno de ellos vende su cuota o parte a un tercero. Como veremos, la ley, el Código Civil, permite al otro hacer uso del retracto frente al tercero, a quien la haya comprado, pero con las condiciones de hacerlo en un breve lapso de tiempo y reintegrando al tercero lo que haya abonado por ella.

- La venta con pacto de retro, que aparece como una modalidad especial de la compraventa.

EJEMPLO 5

Es el caso de Gustavo, quien vende por escritura pública a Antonio una finca y que, como conserva algunas dudas sobre la conveniencia de desprenderse en ese momento de la finca, hace que en el cuerpo del título se inserte una cláusula por la que él (Gustavo, se entiende, el vendedor) podrá dejar sin efecto la operación a cambio de restituir el precio recibido más una cuarta parte en el plazo de los próximos cinco años. Aquí, la eficacia real de lo pactado, del derecho así generado, se obtendría a través de la referencia oportuna que se haría en asiento despachado en el Registro de la Propiedad para el cambio de titularidad publicado en favor de Antonio.

4.2. EL CONCEPTO DE RETRACTO CONVENCIONAL: EL PACTO DE RETRO

El propio CC nos proporciona el concepto del retracto convencional en el artículo 1.507, diciendo:

> «Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado».

Y el artículo 1.518 obliga al vendedor a pagar:

- El precio de la venta.
- Los gastos del contrato.
- Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

4.3. CONDICIONES DE EJERCICIO

4.3.1. Sujetos: retrayente y retraído

La persona que ejerce el retracto se llama **retrayente**, y es el vendedor, sus herederos o el tercero que eventualmente haya adquirido el derecho. También podrá ser utilizada la acción de retracto por los acreedores del vendedor, siempre que, antes de ejercitar el retracto contra el comprador, hayan hecho excusión en los bienes de su deudor (art. 1.512); es decir, hayan intentado antes proceder contra los demás bienes del deudor sin mayor éxito.

El Código prevé que pueda existir una pluralidad de retrayentes y dicta sobre el particular las normas siguientes:

- Cuando varios comuneros, conjuntamente y en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho más que por su parte respectiva. Pero el comprador podrá exigir que todos los vendedores se pongan de acuerdo para retraer la totalidad de la cosa vendida; y, si así no lo hicieran, no se podrá obligar al comprador al retracto parcial. Esto mismo se observará cuando el que ha vendi-



do por sí solo una finca haya dejado varios herederos y estos pretendan ejercitar el retracto (arts. 1.514 y 1.515).

- Pero cuando varios comuneros han vendido separadamente su parte en una finca indivisa, cada uno podrá ejercitar, con la misma separación, el derecho de retracto por su porción respectiva, y el comprador no podrá obligarles a redimir la totalidad de la finca (art. 1.516).

En cuanto al sujeto pasivo de la acción de retracto, a quien se llama **retraído**, puede ejercitarse contra el comprador, contra sus herederos o contra el tercer adquirente de la cosa, aunque en el contrato en cuya virtud haya verificado la adquisición no se mencionase el retracto convencional, siempre que, tratándose de bienes inmuebles, aparezca este derecho inscrito en el Registro de la Propiedad.

También prevé el Código el caso de pluralidad de retraídos, disponiendo que:

- Si el comprador dejare varios herederos, la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuido entre ellos (art. 1.517, párr. 1.º).
- Pero, si se ha dividido la herencia, y la cosa vendida se ha adjudicado a uno de los herederos, la acción de retracto podrá intentarse contra él por el todo (art. 1.517, párr. 2.º).

4.3.2. Tiempo

El Código, tomando en cuenta las fundadas críticas que se hacen al retracto convencional, ha querido limitar especialmente el tiempo de su ejercicio. Por ello, establece en su artículo 1.508 lo siguiente:

- A falta de pacto expreso, el derecho de retracto convencional durará cuatro años, contados desde la fecha del contrato.
- En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de 10 años.

En cuanto a la posibilidad de prórroga del plazo primeramente pactado, nada dispone el texto legal. Sin embargo, entiende la doctrina que, si el plazo era inferior a 10 años, podrá prorrogarse antes de que se extinga y siempre que la suma total del plazo no exceda de dicho término, que es el límite máximo fijado imperativamente para el retracto convencional.

4.4. EFECTOS

Los efectos del retracto se clasifican en generales y particulares. Son efectos generales los que se derivan lógicamente de la resolución de la venta, esto es:

- El vendedor deberá reembolsar al comprador:
  - El precio de la venta.
  - Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.
  - Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida (art. 1.518).
- El comprador deberá devolver al vendedor la cosa, con todas sus accesiones; pero no está obligado a restituir los frutos percibidos, que se compensan con los intereses del precio.

Por su parte, sus efectos particulares refieren los dos siguientes extremos:

- **Frutos pendientes.** Habiendo frutos pendientes al tiempo de la venta y al tiempo del retracto, se compensan unos con otros, no haciéndose abono o prorrateo alguno de los mismos; existiendo solo al tiempo del retracto, se prorratearán entre el retrayente y el comprador, dando a este la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, a contar desde la venta (art. 1.519).
- **Cargas.** El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga e hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que este haya hecho de buena fe, y según costumbre del lugar en que radique (art. 1.520).

5. EL RETRACTO LEGAL

5.1. CONCEPTO

Se define el **retracto legal** como el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas, en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fue objeto de un con-



trato de compraventa, y por extensión de cualquier otro título oneroso de transferencia, subrogándose en el lugar de quien a resultas de tal título la hubiese adquirido.

El Código Civil dice en el artículo 1.521:

> «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago».

5.2. ESPECIES

Regula el Código, como retractos legales, en la sección dedicada a los mismos, en sede de compraventa (arts. 1.521 a 1.525), el de comuneros y el de colindantes. Pero de otros pasajes del Código resulta la existencia de algunos retractos más, como son:

- El enfitéutico o del dominio directo y útil, establecido por los artículos 1.636 y siguientes.
- El del censo a primeras cepas, regulado por analogía del enfitéutico (art. 1.656.6.ª).
- El de coherederos (art. 1.067), que puede ser considerado como una subespecie del retracto legal de comuneros.
- El existente entre socios, que parece resultar del artículo 1.708, al decir que la partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan.

Todavía existen fuera del Código otros retractos, unos de carácter administrativo, otros de carácter civil, como los establecidos en la legislación de arrendamientos urbanos y rústicos.

5.3. EL RETRACTO DE COMUNEROS

Se funda en la conveniencia de que no se perpetúe el estado de proindivisión y condominio, considerado como antieconómico y antijurídico, por las dificultades y pugnas a que da lugar entre los dueños.

El Código lo regula en el artículo 1.522 diciendo:

> «El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común».

Son, pues, condiciones, para que tenga lugar este retracto:

- Que exista la comunidad de bienes.
- Que se haga la enajenación a un extraño, es decir, a uno que no sea comunero.

5.4. EL RETRACTO DE COLINDANTES

Con el objetivo de fomentar que las unidades de explotación económica sean más rentables, de superar en la medida de lo posible el minifundismo, el Código también establece que «tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea»; pero también dice que este derecho «no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas» (art. 1.523, párrs. 1.º y 2.º).

5.5. CONDICIONES GENERALES DEL RETRACTO LEGAL

5.5.1. Condiciones relativas al actor

La jurisprudencia ha declarado:

- Que el retrayente puede justificar la cualidad en que funda la acción de retracto por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.
- Que no es preciso acreditar el dominio de un modo perfecto, bastando para que prospere el retracto la posesión a título de dueño.



5.5.2. Condiciones relativas al demandado

Es forzoso para el ejercicio de la acción de retracto que la demanda se dirija no solo contra el primitivo comprador, sino también conjuntamente contra el que por compra posterior adquirió la finca objeto del retracto, por no ser lícito declarar la rescisión de las sucesivas enajenaciones a espaldas del segundo o tercer adquirente; no siendo, sin embargo, aplicable esta doctrina cuando el retrayente no tiene conocimiento de la segunda transmisión hasta después de terminado el periodo expositivo del juicio, por no haber ya entonces términos hábiles procesales para dirigir la acción contra ambos compradores.

5.5.3. Plazo de ejercicio

El plazo para el ejercicio del retracto legal es, en general, el de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, y, en defecto de inscripción, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (art. 1.524, párr. 1.º).

Con relación al retracto enfitéutico, el Código establece reglas especiales, distinguiendo que se haya dado o no oportunamente el aviso previo exigido por el artículo 1.637. Si se ha dado, el término es de nueve días útiles, que se cuentan desde el otorgamiento de la escritura de venta, cuando no haya habido ocultación, y desde la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando la haya habido (art. 1.638). Si no se hubiere dado el aviso, el término es el de un año contado desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 1.639).

5.6. EFECTOS DEL RETRACTO LEGAL

El artículo 1.525 del Código, de mera referencia, dice que en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518. Los efectos del retracto legal, según esto, son los mismos que se señalaron para el voluntario.

5.7. REGLAS DE PREFERENCIA EN EL CASO DE EJERCITARSE EL RETRACTO POR VARIAS PERSONAS

Dicta el Código algunas reglas para resolver los casos de concurrencia de varios comuneros, colindantes o retrayentes de naturaleza distinta.

5.7.1. Concurrencia de comuneros

Este caso no se resuelve con ningún criterio de preferencia, sino con el de prorrateo entre los condueños que pretendan retraer, tomando como base para el mismo la participación que cada uno tenga en la cosa común (art. 1.522, párr. 2.º).

5.7.2. Concurrencia de colindantes

Dispone el Código que «si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si los dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite» (art. 1.523, párr. 3.º).

5.7.3. Concurrencia de distinta naturaleza

El legislador parece conceder, en primer lugar, preferencia al retracto de los dominios directo y útil sobre el de comuneros, pues dice el artículo 1.642:

> «Cuando el dominio directo o el útil pertenezca pro indiviso a varias personas, cada una de ellas podrá hacer uso del derecho de retracto con sujeción a las reglas establecidas para el de comuneros, y con preferencia el dueño directo, si se hubiese enajenado parte del dominio útil, o el enfiteuta, si la enajenación hubiese sido del dominio directo».

En segundo término, se concede preferencia al de comuneros sobre el de colindantes, considerando que es más urgente acabar con los males que produce el estado de indivisión que los que causa la pulverización de la propiedad. «El retracto de comuneros –dice el párr. 2.º del art. 1.524– excluye el de colindantes».

6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN ARRENDATICIOS

Entre los derechos de adquisición de fuente legal destacan los incluidos en la legislación especial de arrendamientos urbanos y rústicos. En este sentido, la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, regula los derechos de tanteo y retracto en el artículo 25, al establecer que podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto



con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código Civil, cuando no se le hubiese hecho la notificación de venta de la finca arrendada o se hubieran omitido los requisitos exigidos, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales. Es norma aplicable tanto para el caso de arrendamiento de vivienda como al de arrendamiento para uso distinto de vivienda.

Por su parte, la Ley de Arrendamientos Rústicos 49/2003, de 26 de noviembre, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, establece que en toda transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquellas, el arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2 de la ley (cooperativas agrarias, cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, sociedades agrarias de transformación o simples comunidades de bienes) tendrá derecho de tanteo y retracto.

Al efecto, el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato y, a falta de precio, una estimación del que se considere justo, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la disposición adicional segunda de la ley. El arrendatario tendrá un plazo de 60 días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones, y lo notificará al enajenante de modo fehaciente. A falta de notificación del arrendador, el arrendatario tendrá derecho de retracto durante 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión. No procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los siguientes casos:

- En las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge.
- En la permuta de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a 10 hectáreas de secano, o una de regadío, los predios que se permutan.

Estos derechos serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil, que prevalecerá sobre estos cuando excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que la fundamente.

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- La categoría de los derechos de adquisición se caracteriza por la concesión a su titular de la facultad de adquirir a título oneroso un bien, adquisición que puede depender exclusivamente de la voluntad del titular del derecho (en la opción), o puede encontrarse supeditada a la intención de enajenar del propietario (en el tanteo) o a la enajenación ya efectuada en favor de tercero (en el retracto).
- Difícilmente puede compartirse la naturaleza jurídico-real de estos derechos. Entre las razones que pueden indicarse al respecto cabe citar las siguientes:
  - El hecho de que sean derechos de tracto único, que se agoten al momento justo de ejercitarse, algo típico de los derechos personales, caracterizados, frente a los reales, por su falta de estabilidad o permanencia.
  - El reconocimiento de los derechos de adquisición en los más variados ámbitos del Derecho con independencia del sustrato material o no del bien susceptible de adquirirse (en el entorno de las sociedades mercantiles es una fórmula común y hasta esencial para el control efectivo de la entidad por sus fundadores).
  - La ausencia de inmediación sobre la cosa una vez constituido cualquiera de los derechos integrantes de la categoría, de lo que surge como consecuencia que la oponibilidad frente a terceros la lograrían estos derechos a través de una previsión legal habilitante o de su admisión a inscripción en el Registro, se presenten en este como simples cláusulas en un título traslativo (*v. gr.*, el retracto convenido a favor de quien por ese título se desprende de la cosa) o como negocios jurídicos independientes.
- Por virtud del derecho de opción, se concede a una persona (optante) la facultad de decidir la adquisición del dominio de una cosa, pagando el precio pactado en el contrato estipulado con el concedente (optatario).
- El derecho de opción, como primero de los tipos a estudiar dentro de la categoría de los derechos de adquisición, no presenta como el resto sustrato jurídico-real. No obstante, el Reglamento Hipotecario permite que obtenga oponibilidad frente a terceros a través de su inscripción si:



- Las partes (optante y optatario) han convenido expresamente que se inscriba.
- Se establece el precio por el cual el optante podrá hacerse con la propiedad de la finca.
- Se fija un plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años, salvo en el caso de que la opción se pacte acompañando un arrendamiento, la cual resultará ejercitable durante el tiempo que dure la locación, la relación arrendaticia.

- Los derechos de tanteo y retracto son dos modalidades íntimamente vinculadas. El primero opera antes de la enajenación de la cosa, mientras que el retracto lo hace después. La vinculación entre ambos se debe a que para que se ejerciten es necesario que el propietario actual, comprometido por cualquiera de tales derechos, se decida a enajenar la cosa con total libertad, siendo la concurrencia de un tercero pretendiente de la cosa algo que en su régimen se muestra primordial. En el tanteo, porque la oferta del tercero será la que deberá ser puesta en conocimiento del titular del derecho de adquisición para que pueda proponerse igualar en sus condiciones la oferta; en el retracto, porque será cuando se consume la enajenación por el tercero que su titular pueda ejercitarlo. Además, la conexión entre ambos derechos se acredita por el dato de que el incumplimiento del tanteo legal o convencionalmente pactado se resolverá en los hechos de idéntica manera a como funciona el retracto.
- La única clase de tanteo que prevé la normativa común es el tanteo legal dados determinados supuestos; por ejemplo, el que se confiere al arrendatario para la adquisición de la finca, rústica o urbana, que viene alquilando. No obstante, la posibilidad de que se convenga entre particulares se admite por la doctrina y la jurisprudencia al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Y en este sentido, se considera, por influjo de la previsión del Reglamento Hipotecario respecto del derecho de opción, título a partir de cuya inscripción puede alcanzar, como la opción de compra, efectos reales. El tanteo convencional inscrito podrá esgrimirse, así, frente a los titulares posteriores de derechos sobre el inmueble o terceros que adquieran (el dominio de) los bienes a que tal derecho afecte.
- El retracto se define como el derecho que compete a ciertas personas, por ley o por pacto, para adquirir por el mismo precio la cosa que ha sido vendida a otro, rescindiendo el contrato con respecto al comprador en cuyo lugar



se subrogan. De ello se desprende que el retracto puede ser legal o convencional, según tenga su origen en la ley o en un pacto. Las partes son el retrayente, quien ejercita el retracto, y el retraído, aquel que debe soportarlo.

- El retracto convencional constituye en rigor una cláusula en el contrato de compraventa, de cuya inscripción se sirve para hacerse oponible. Es el pacto de retro. El Código Civil establece que tendrá lugar cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de abonar el precio inicial de venta, los gastos del contrato y los necesarios y útiles hechos en la cosa vendida por el retraído.
- El retracto convencional está sometido a un plazo de duración limitado para no someter a la propiedad a la eventualidad de una «retransferencia» indefinidamente. A falta de pacto expreso, durará cuatro años, a contar desde la fecha del contrato. Si las partes convienen al respecto, no podrá exceder en todo caso de los 10 años.
- En cuanto a sus efectos, el vendedor deberá reembolsar el precio de venta y los demás gastos anteriormente referidos. El comprador deberá devolver al vendedor la cosa con todas sus accesiones, pero no está obligado a restituir los frutos percibidos, dada su condición de poseedor de buena fe.
- El retracto legal se perfila como el derecho que por prescripción de la ley tienen ciertas personas, en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fue objeto de transmisión onerosa, subrogándose en el lugar del que a resultas la haya adquirido. El Código Civil establece que es «el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago».
- En sede de compraventa, a continuación de los preceptos destinados al retracto convencional, el Código dedica una sección específica al retracto entre comuneros y entre colindantes. El retracto de comuneros encuentra su razón de ser en la conveniencia de que no se perpetúe el estado de proindivisión y condominio, considerado como antieconómico y antijurídico, por las dificultades y pugnas a que da lugar entre los condueños. El Código lo regula diciendo que «el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común».
- Con el objetivo de fomentar que las unidades de explotación económica sean más rentables, también establece el Código que «tendrán el derecho de re-



tracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea». No obstante, este derecho no será aplicable si las tierras colindantes estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

- Para el ejercicio de la acción de retracto, cuenta el interesado comunero o colindante con un plazo de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, y, en defecto de inscripción, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. Es forzoso que la demanda se dirija no solo contra el primitivo comprador, sino también conjuntamente, contra el que por compra posterior adquirió la finca objeto del retracto, por no ser lícito declarar la rescisión de las sucesivas enajenaciones a espaldas del segundo o tercer adquirente. En cuanto a sus efectos, el retrayente deberá restituir al retraído el dinero desembolsado por este para la adquisición, más los gastos por los conceptos señalados para el retracto convencional.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Expón las razones por las que se pueden considerar o no los derechos de adquisición como derechos reales.

Enunciado 2

Distingue, sucintamente, entre las tres variedades de derechos de adquisición que se conocen.

Enunciado 3

¿Cuáles son los presupuestos que exige el Reglamento Hipotecario para que se inscriba el derecho de opción?

Enunciado 4

¿El tanteo convencional se menciona en la legislación hipotecaria? ¿Se considera inscribible? ¿Bajo qué condiciones?

Enunciado 5

Diferencia entre el retracto legal y el pacto de retro.

Enunciado 6

Enuncia y explica dos ejemplos de retracto que operen por mandato legal en nuestro ordenamiento.



Solución 1

La condición jurídico-real de los derechos de adquisición se mantiene, destacando que el poder que estos derechos (opción, tanteo, retracto) confieren recaería directamente sobre una cosa determinada legal o negocialmente. Asimismo, porque excluirían a cualquier otro interesado en la adquisición de la propiedad sobre el bien de que se trate, estableciendo una preferencia adquisitiva que opera, incluso, como se manifiesta por el retracto, aunque la cosa ya se haya transmitido.

Frente a esta tesis, la naturaleza personal de los derechos de adquisición se comprueba, sobre todo, por la inmediación que falta en ellos. No existe un poder directo sobre la cosa, y menos sustrato posesorio alguno en la categoría. Que estos «derechos *a* la cosa» sean oponibles lo será precisamente por estar admitidos expresamente, y como excepción, a incripción o porque se establece así legalmente.

Solución 2

Los derechos de adquisición conocidos son los de opción, tanteo y retracto. El derecho de opción se caracteriza por atribuir la facultad de adquirir una cosa si se ejerce en el plazo y por el precio convenidos; el de tanteo, por la preferencia que se ostenta para adquirir un bien, en caso de que su propietario se decida a enajenarlo; y el de retracto, por la posibilidad de dejar sin efecto la transmisión de una cosa, a fin de adquirirla.

Solución 3

Para la inscripción del derecho de opción, según el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, es necesario, además del cumplimiento de los requisitos comunes para que el título ingrese al Registro (así, que el concedente esté legitimado según sus asientos para conferir el derecho por ser el vigente propietario; que el título de concesión se haya documentado públicamente, etc.), el cumplimiento de tres condiciones específicas: que se pacte expresamente la posibilidad de que se inscriba; que se fije el precio por el cual se podrá ejercitar la opción; y que se establezca un plazo para su ejercicio nunca superior a cuatro años, salvo que el derecho de opción se vincule con un arrendamiento, en cuyo caso resultará ejercitable por el tiempo que dure la relación arrendaticia.

Solución 4

El tanteo convencional no se especifica como derecho inscribible en la legislación hipotecaria, sin embargo, conviene en aplicarse *mutatis mutandis* la previsión que faculta la inscripción del derecho de opción. Evidentemente, de las tres condiciones que el Reglamento Hipotecario prescribe para este, carecería de sentido condicionar su acceso a la fijación de un precio, pues el tanteo se ejercerá cuando el propietario decida libremente vender el bien, momento en que podrá proponerle un precio directamente al titular del derecho de tanteo o esperar a que un tercero le ofrezca uno en concreto, del que deberá participar a aquel para darle la oportunidad de igualarlo. Los requisitos relativos al plazo y al convenio específico para que se inscriban deberían, por el contrario, aplicarse por analogía.

Solución 5

Dos clases de retracto se conciben: el retracto dispuesto por la ley en beneficio de ciertas personas en determinadas situaciones (comuneros, colindantes, arrendatarios, etc.) y el retracto convencional o pacto de retro, esto es, la cláusula que se incorpora a un contrato traslativo por el cual el disponente puede recuperar el dominio transferido si lo desea.

El retracto legal encuentra su título, valga la redundancia, en la ley, por lo que no necesita de inscripción alguna; su oponibilidad deriva directamente de la norma que recoge el supuesto. En cambio, el retracto convencional goza de oponibilidad en cuanto cláusula que se publicará en el asiento que suscitará propiamente la transferencia operada. Relacionado con esto, el fundamento del retracto legal tendría un alcance socioeconómico directo, como el de evitar la perpetuación de estados de indivisión (retracto entre comuneros) o el minifundismo (retracto de colindantes). El fundamento del retracto convencional se encuentra básicamente en la libertad de contratación y, más concretamente, en el interés del transmitente.

Otro motivo de distinción radica en el plazo para su ejercicio: en el retracto legal, el plazo es mucho más corto, cifrándose hasta en unos pocos días; para el retracto convencional, se establece un plazo límite de 10 años, que será de cuatro años si las partes no han pactado un término específicamente.



Solución 6

Los dos ejemplos básicos, por ser los abordados por el legislador en la sección dedicada en sede de compraventa al retracto legal, son los que atañen a los comuneros y a los colindantes.

Por lo que respecta al primero, el Código establece que podrá usar del retracto el copropietario de una cosa en común en caso de que se transmita a un tercero la parte de todos los demás condueños o de uno solo de ellos.

En segundo lugar, tienen derecho de retracto los propietarios de fincas colindantes cuando se trate de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea, en tanto no estén separados uno y otro inmueble por arroyos, acequias, barrancos, caminos, etc.

Llegado el caso, el retracto del comunero resultará preferente al del colindante.



EJERCICIOS VOLUNTARIOS

Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:

Enunciado 1

Malavella, SA ejercitó en una misma demanda dos acciones: una, de retracto, para la adquisición del establecimiento de Caldes de Malavella conocido por Balneario Prats (acción específicamente dirigida contra la vendedora y la compradora del referido conjunto de bienes, respectivamente, D.ª Penélope y Balneario Prats, SA). Otra, para el caso de que la primera no fuese estimada, dirigida a la declaración de que su obligación de suministrar agua del manantial de su propiedad, llamado La Mina, al referido Balneario Prats, que había nacido de un contrato de 21 de noviembre de 1975, se había extinguido (acción específicamente dirigida contra la compradora y los arrendatarios del establecimiento, la citada Balneario Prats, SA, D. Narciso y Balneario Prats Hidroterapia, SA, respectivamente).

I. Los hechos que constituyeron fundamento fáctico de la primera acción son los que siguen, según fueron declarados en la instancia:

1.º El 21 de noviembre de 1975 los tres propietarios del manantial de aguas minero-medicinales denominado La Mina, sito en el término municipal de Caldas de Malavella, esto es, doña Nuria (madre y causante de la codemandada D.ª Penélope) y los hermanos don Marco Antonio y doña Natalia, se obligaron a suministrar al Balneario Prats, que era entonces propiedad de la primera, 36.000 litros diarios de agua.

2.º El mismo día, los copropietarios mencionados arrendaron a Malavella, SL (después Malavella, SA) el manantial (realmente, el contrato de arrendamiento sustituía a otro, de 15 de marzo de 1950, que estaba próximo a perder vigencia). Por virtud de dicho contrato, coherentemente con el otro de la misma fecha, la arrendataria quedó obligada a no consumir los 36.000 litros diarios que los dueños y arrendadores debían suministrar al Balneario Prats.

3.º En el contrato mencionado en el primer ordinal, los contratantes pactaron (cláusula 6.ª) que, si la dueña de Balneario Prats tratara de venderlo, debería previamente comunicar su propósito a los otros propietarios del manantial «por escrito, indicando precio, forma de pago y demás condiciones de venta», a fin de que los destinatarios de la notificación, conjunta o individualmente, pudieran adquirirlo «en las mismas condiciones, contestando en tal sentido dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la comunicación».

4.º En noviembre de 1979, la sociedad Malavella (que era anónima desde unos años antes) amplió su capital mediante la emisión de nuevas acciones, las cuales fueron suscritas por los tres propietarios de La Mina (D.ª Nuria, D. Marco Antonio y D.ª Natalia), que aportaron como contravalor la propiedad del manantial «con todos los derechos inherentes». Por virtud de esa aportación, la sociedad arrendataria de La Mina pasó a ser su dueña.

5.º El 9 de noviembre de 1987, la propietaria del Balneario Prats, doña Penélope (hija y causahabiente de D.ª Nuria), que lo tenía arrendado a don Narciso, lo vendió a una sociedad denominada Balneario Prats, SA, que había sido constituida por dicho arrendatario y su hermana.



6.º Entre los años 1979 y 1986, se produjo un cambio sustancial en el accionariado de Malavella, SA, ya que todas las acciones representativas de su capital pasaron a manos de un tercero, Vichy Catalán, SA.

II. La acción declarativa, subsidiariamente ejercitada en la demanda, se basó en los siguientes hechos:

1.º En una de las cláusulas (la adicional 2.ª) del antes mencionado contrato de 21 de noviembre de 1975, esto es, el celebrado por los entonces tres copropietarios del manantial La Mina para obligarse a suministrar agua a Balneario Prats, que, como se ha dicho, era propiedad de uno de ellos (D.ª Nuria), las partes convinieron en que era «condición del presente contrato que la propiedad del balneario corresponda» a la referida señora o sus descendientes.

2.º El establecimiento Balneario Prats fue vendido a Balneario Prats, SA, como anteriormente se ha expuesto al delimitar el supuesto de hecho de la acción de retracto.

a) ¿Habría de prosperar la acción de retracto presentada?

b) ¿El suministro de los 36.000 litros diarios de agua podría configurar el contenido de un derecho real? En su caso, ¿de cuál dentro de los tipos conocidos? ¿Se habría extinguido en el caso como solicita, subsidiariamente, el demandante?

Enunciado 2

Con fecha 1 de abril de 2000, Gustavo vende por escritura pública a Antonio una finca, de cuya posesión le hace inmediata entrega. A instancia de Gustavo, que conserva algunas dudas sobre la conveniencia de desprenderse en ese momento de la finca, en el cuerpo de la escritura se inserta una cláusula por la que podrá dejar sin efecto la operación a cambio de restituir el precio recibido más una cuarta parte.

a) ¿Qué clase de derecho ostenta Gustavo sobre la finca una vez la haya transmitido? ¿Y Antonio?

b) Si nada se expresa en el contrato, ¿de qué plazo gozará Gustavo para ejercitar la facultad que tiene concedida?

c) En el caso de que Gustavo ejercitara su opción en tiempo y forma, ¿readquiriría automáticamente la propiedad sobre la finca?

d) ¿Cabría que Gustavo hiciera valer su opción frente a quien en el intervalo hubiera obtenido el dominio sobre la finca?

Enunciado 3

Tomás decide establecerse por su cuenta, arrendando un local ubicado en el barrio madrileño de Argüelles. En el documento privado donde se formaliza el arrendamiento, se incluye una cláusula que habilita a Tomás para que pueda adquirir la propiedad del local si lo solicita estando vigente la locación y abona 100.000 euros.

a) ¿Confiere a Tomás algún derecho real la cláusula señalada?

b) Si, llegado el caso, el arrendador se negara a cumplimentar la transmisión del local por la que Tomás se hubiera interesado, ¿prosperaría la acción judicial de Tomás al respecto?



Solución 1

Para la solución de las preguntas formuladas, se remite a la respuesta al caso del Tribunal Supremo (de su Sala 1.ª, por supuesto) en su Sentencia número 1178/2004, de 16 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8213), proporcionada al efecto en el Aula Virtual de la asignatura.

Aunque sobre un supuesto distinto, puede resultar de interés también la doctrina que emana de la Sentencia número 313/2009, de 13 de mayo de 2009 (ref. CEF-LEGAL: NCJ051174).

Solución 2

El alumno habrá podido comprobar que se ha tomado el ejemplo 5 incluido en el desarrollo de contenidos de la presente Unidad. Las respuestas a las preguntas propuestas serían las siguientes:

a) Gustavo, al vender con pacto de retro, ostenta un derecho personal a que se le retransmita la cosa si hace ejercicio de la facultad que ese pacto le confiere. Estamos ante un *ius ad rem.* Por su parte, Antonio es propietario, pues se ha cumplido con los requisitos del título y el modo. Pero su título es revocable por aquel pacto de retroventa; algunos llaman a esta clase de dominio imperfecto, por la revocabilidad de su carácter.

b) La expectativa de readquisición que representa el pacto de retro no puede pender sine díe sobre la propiedad. Esta incertidumbre sería, y es, intolerable para la libertad del tráfico y los bienes. El legislador, por ello, limita la posibilidad de su ejercicio a un plazo razonable, que se entiende, en virtud de la razón de peso aludida, de caducidad: cuatro años en defecto de pacto; 10 años como límite si las partes deciden, como es muy habitual, pronunciarse al respecto (*cfr.* art. 1.508 del CC).

c) Automáticamente no; por imperio de las reglas propias de nuestro sistema adquisitivo, se necesitaría de la pertinente tradición, «retradición» podríamos decir, en favor de Gustavo.

d) Sí, porque del pacto de retro se anoticiaría en el folio del inmueble desde que el título adquisitivo de Gustavo se asentara en él. El tercero no podía desconocer de la eventualidad que pendía sobre la propiedad y que, pese a ello, habría decidido adquirir.

Solución 3

El alumno habrá podido comprobar que se ha tomado el ejemplo 1 incluido en el desarrollo de contenidos de la presente Unidad. Las respuestas a las preguntas propuestas serían las siguientes:

a) Estamos ante un negocio de arrendamiento al que se le suma una cláusula de opción de compra, sin hacer que el caso se convierta en una operación de *leasing* inmobiliario, por cuanto la opción se diseña por las partes con total independencia del arrendamiento, no se une a él de forma inescindible (esto se comprueba fácilmente si tenemos en cuenta que, cuando ejerza Tomás la opción, tendrá que pagar siempre el mismo precio: los 100.000 € preestablecidos). El derecho es, pues, de opción, y en el supuesto, no importa tanto su abstracta calificación como real o personal, sino su oponibilidad frente a terceros. En este sentido, téngase en cuenta que en el caso no se nos dice que se haya inscrito, algo que, por demás, no es práctica habitual en el ámbito de los arrendamientos urbanos, y además no sería posible a partir de un simple documento privado (*cfr.* art. 3 de la LH).

b) La acción judicial prosperaría como consecuencia del *pacta sunt servanda*, de la obligatoriedad de los contratos. El problema surgiría frente al tercero que pudiera haber adquirido el inmueble arrendado durante el tiempo que durara la locación. En este caso, la acreditación de la mala fe de esta persona (que al tiempo de adquirir conocía de la existencia del compromiso asumido por el transmitente frente a Tomás) sería presupuesto básico para poder llegar a solventar la falta de oponibilidad del derecho de opción por defecto de inscripción, algo en los hechos siempre dificultoso.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

BOSCH CAPDEVILA, E.: «Los derechos reales de adquisición: esbozo de una teoría general», en G. de Reina Tartière (coord.), *Derechos reales: principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, págs. 559 y ss.



DÍEZ-PICAZO, L. M.ª: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, Civitas, 1995.

GARCÍA AMIGO, M.: «Derechos reales de adquisición: notas para una teoría general», en *Revista de Derecho Privado*, 1976, págs. 99 y ss.

RICA, R. de la: «El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de esta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 534, 1979, págs. 1.037 y ss.

SERRANO ALONSO, E.: «Notas sobre el derecho de opción», en *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 1.131 y ss.

TALMA CHARLES, J.: «La adquisición preferente: análisis de su replanteamiento sistemático», en *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2006, págs. 2.097 y ss.

Avanzada

BELLO JANEIRO, D.: *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *Colisión entre derechos de adquisición preferente*, Barcelona, Bosch, 1978.

FELIÚ REY, M. I.: *El tanteo convencional*, Madrid, Civitas, 1997.

IGLESIA MONJE, M.ª J. de la: *El derecho de retracto convencional: estudio de la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la jurisprudencia menor y de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

POU AMPUERO, F.: «Derechos reales de adquisición», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 162, 1994, págs. 1.397 y ss.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La opción de compra*, Madrid, Dykinson, 2003 (disponible en ebrary).

UNIDAD DIDÁCTICA

6 EL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. El Derecho registral inmobiliario
2. El Registro de la Propiedad
    - 2.1. Concepto
    - 2.2. Fines
    - 2.3. Evolución legislativa
3. Los principios del sistema registral inmobiliario español
    - 3.1. El principio de inscripción (u oponibilidad)
    - 3.2. El principio de legitimación
    - 3.3. El principio de fe pública registral
    - 3.4. El principio de inoponibilidad
    - 3.5. El principio de prioridad
    - 3.6. El principio de tracto sucesivo
    - 3.7. El principio de especialidad
    - 3.8. El principio de rogación
    - 3.9. El principio de legalidad
    - 3.10. El principio de publicidad (formal)
4. La relación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

En esta primera Unidad didáctica de la segunda parte de la asignatura se introduce al alumno en el Derecho registral inmobiliario. En sus páginas comienzan por enunciarse los fines de la disciplina, calificando el Registro de la Propiedad como institución básica tendente a dotar de considerable seguridad al tráfico inmobiliario.

Con detalle y variados ejemplos, se describen a continuación los principios registrales, los rasgos centrales del sistema registral español. Su estudio supone la mejor aproximación que se puede realizar a un entramado normativo mucho más fácil de comprender de lo que aparenta. No estamos ante una materia para iniciados, sino ante una rama del saber jurídico elaborada, en atención a las necesidas prácticas implicadas, a partir de la lógica de sus normas y principios.



1. EL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

Denominado históricamente entre nosotros Derecho hipotecario, el Derecho inmobiliario registral se implementa a partir de un órgano específico, el Registro de la Propiedad, y como rama del orden jurídico está llamado a disciplinar, de forma integral, la publicidad sobre el estado jurídico de los inmuebles.

Con respecto al contenido de la disciplina resulta frecuente proyectar dos partes. En primer lugar, una vertiente formal que estaría integrada por los conceptos y normas atinentes al modo y manera en que habrían de despacharse los asientos, los pasos que se habrían de seguir para que estos se practicaran, los recursos que el solicitante tendría frente a la decisión del registrador de no inscribir el correspondiente título y todas aquellas cuestiones relacionadas con la organización, procedimiento y gestión del Registro.

En la parte material del Derecho registral inmobiliario se situarían los principios y reglas que determinarían qué derechos pueden inscribirse, los presupuestos necesarios para que se haga –la autenticidad de la titulación presentada, por ejemplo–, el valor del derecho inscrito y del que no lo estuviera, fuera *inter partes* o frente a terceros, así como cualesquiera otras que sirvan para concretar en su alcance los efectos del asiento realizado.

Introducido así, el origen histórico de los Registros y su preeminencia práctica hicieron que esta rama del saber se integrara desde su formación en el Derecho privado, concretamente, en el Derecho civil, y, más exactamente, en el Derecho de cosas. Esa tradición, fundada, sin duda, en el mayor peso que tiene la que se ha denominado parte material de la disciplina y por la teoría protectora de la apariencia que conlleva, no debe hacernos perder de vista aquellos factores que coadyuvan a la consideración autónoma de la función registral. A través de cada uno de ellos cabría inducir los factores comunes que abogan por la especialidad del Derecho registral inmobiliario, a saber:

- El fin primario tenido en cuenta para su creación y consolidado a través de las consecuencias, de variado vigor, que se disciplinan en torno a lo publicado, como podrá comprobarse en la exposición de los principios registrales que se incluye en esta Unidad.

- Su unidad de objeto que conforman las que vienen a denominarse «situaciones jurídicas registrales», esto es, las circunstancias inherentes y mínimamente duraderas que afectan a los inmuebles, y que no se limitan exclusivamente a las relaciones jurídico-reales.

> **Precisiones**
>
> En el Registro, por excepción, se inscriben ciertos derechos personales, como el de arrendamiento en determinados casos (*cfr*. art. 2.5.º de la LH) o el de retorno (*cfr.* art. 15 del RH), así como también está previsto que se dé noticia de aquellas situaciones personales declaradas por las que quede afectada o limitada la capacidad del titular (*cfr.* art. 2.4.º de la LH).

- La legislación diferenciada con la que cuenta y el reconocimiento, en su seno, de principios y técnicas de índole desconocida en la esfera común del Derecho, civil o administrativo.
- La existencia de un ámbito específico, de una jurisdicción propia, entendida esta en el sentido más amplio del término (para nada equiparable a lo judicial), donde mayormente se aplica su normativa.

2. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2.1. CONCEPTO

El artículo 605 del Código Civil y el artículo 1, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria coinciden en expresar que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». Más allá de tal dicción, el Registro de la Propiedad puede, siguiendo a Roca Sastre, concebirse desde tres puntos de vista:

- **Como institución jurídica.** En la medida que en cuanto a sus fines puede definirse como aquel organismo destinado a robustecer la seguridad en el tráfico inmobiliario mediante la publicación del estado jurídico de los inmuebles.



- **Como oficina.** Definiéndose como el organismo estatal que tiene por objeto la constancia y publicidad de la propiedad inmueble. En tal sentido señala el artículo 357 del Reglamento Hipotecario que la instalación y conservación de la oficina del Registro, en local adecuado para la seguridad y conservación de los libros, será de cuenta del registrador.

  A esta perspectiva responde igualmente el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, según el cual «las inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles».

  En nuestro país, el Registro de la Propiedad siempre habría dependido del Estado y no de las entidades territoriales de carácter inferior. Se trata de una tendencia consagrada en el artículo 148 de la Constitución, al sustraer esta competencia de las asumibles en sus Estatutos por las comunidades autónomas. Repárese en la paradoja de que algunas de ellas, las que tuvieron en su día Derecho foral o autóctono, desarrollado fuertemente durante estos años hasta llegar al hito que constituye el Codi Civil catalán, puedan regular sobre las instituciones de fondo, pero no sobre el organismo destinado a darles publicidad. Afirmación que veta, asimismo, la posibilidad de crear cualesquiera otros con idéntica finalidad al margen de los integrados en la red, única, repito, nacional.

  Otra de las particularidades de nuestro modelo registral es que tratándose el Registro de una oficina imbricada en el aparato estatal y dependiente del Ministerio de Justicia, sus encargados, los registradores de la propiedad, gozan de un estatuto orgánico diferenciado que los acerca más a la condición de profesionales liberales que a la de funcionarios públicos. Sometidos como estos al principio de legalidad, la autonomía con que desempeñan sus funciones se encontraría en la base de su prestigio profesional.

- **Como conjunto de libros.** Entendiéndose como la reunión ordenada de los libros oficiales debidamente numerados y legalizados existentes en cada oficina del Registro, en los que se extienden los asientos correspondientes a los actos registrables.

2.2. FINES

En su consideración como institución, conviene profundizar en los dos fines fundamentales del Registro de la Propiedad, que son:

- **El asegurar la propiedad inmueble, el proteger el tráfico jurídico inmobiliario y el fomentar el crédito territorial.**

  En la historia, los Registros inmobiliarios se originaron para favorecer el tráfico jurídico; señaladamente, para fomentar la confianza de los agentes económicos en la propiedad raíz como adecuado respaldo de las operaciones de financiación que entablaran con sus respectivos dueños. El Registro de la Propiedad comenzó siendo, así, un Registro de gravámenes, de cargas e hipotecas, lo que explica la denominación que todavía sigue empleándose para esta rama del ordenamiento, la de Derecho hipotecario.

  La necesidad se suscitó en relación con los inmuebles por la sencilla razón de que, en su ámbito, la posesión, si bien puede operar como signo externo de titularidad, y por tanto de oponibilidad del derecho que se alegue, no es concluyente. La regla, universalmente reconocida, de que la posesión de buena fe equivale al título sirve para la presentación del poseedor como auténtico propietario (*cfr.* art. 464 del CC). Ello otorga un parámetro mínimo de certidumbre: nadie concederá un préstamo con garantía mobiliaria a quien no demuestre por medios fácticos su señorío sobre la cosa.

  Por el contrario, tratándose de inmuebles, la posesión que sobre estos se tenga no puede cumplir con idéntica función, al menos con tal exactitud. En primer lugar, por la posibilidad de que varias personas, con distintos títulos, incluso, de diferente naturaleza, ejerzan actos posesorios sobre el mismo objeto, simultaneidad en la posesión que es físicamente imposible tratándose de bienes muebles, donde su material ocupación no se presta a compartirse.

Precisiones

Como expresará don Jerónimo González, el padre de nuestro moderno Derecho hipotecario, «en materia de transacciones mobiliarias, puede uno contentarse con admitir el poder de hecho, la potestad exterior sobre las cosas, la posesión, como la forma única de la manifestación de un derecho real. Siendo el poseedor el dueño de la cosa, está autorizado para obrar como tal respecto a cualquier tercero de buena fe, sin que este último pueda sufrir ningún daño. La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los bienes inmuebles en los que la posesión no puede

.../...



..../...

tener la misma importancia porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio. ¿Qué significa ocupar un inmueble, habitar una casa, en comparación con la omnipotencia del poseedor de una cosa mueble? Este puede enajenarla, abandonarla, transformarla, destruirla, mientras que el poseedor del inmueble puede tan solo gozarlo o excluir a otro o quizá modificar la superficie de la finca poseída».

En segundo lugar, por la existencia de derechos reales, singularmente, el de hipoteca, que no conllevan el disfrute material de la finca, aunque sí su sujeción al buen resultado de la operación que a su través se haya asegurado.

Así es como el establecimiento de un aparato institucional de publicidad vendría a remediar las consecuencias negativas de una y otra circunstancia. Ese sería el fundamento primigenio del Registro de la Propiedad: mitigar los riesgos y fraudes de la contratación inmobiliaria remitiendo a la información que sus libros proporcionan. Quien adquiera un derecho del sujeto que conste como titular en el Registro partirá de una premisa de seguridad primordial para el tráfico cotidiano, por cuanto la inscripción transmitirá la idea, presunción en buena técnica jurídica, de estar ante el legítimo propietario y, por tanto, único con aptitud para disponer de la cosa.

EJEMPLO 1

Imaginemos, con Lacruz, un sistema en el que el Registro no existiera. En él, cuando Primus comprara la finca de Secundus, no podría estar plenamente seguro de que antes que a él no se la hubiera vendido a otro, no la hubiera comprometido en favor de otro. Del mismo modo que si Primus fuera a prestar con hipoteca sobre la finca de Secundus, este no tendría otra certeza de que se hallara libre de cargas y de que su hipoteca fuera, como creyera, la primera sino la palabra del propio Secundus.

- **El efectuar la publicidad informativa, el ofrecer la posibilidad cierta de conocer el contenido de sus libros, la realidad jurídica publicada de las fincas.**

  Los asientos del Registro se presumen conocidos por todos, por cuanto la realización de los efectos jurídicos que interesan a la esfera de diversos sujetos no puede dejarse depender del mero conocimiento efectivo o de hecho de lo publicado. Esto es, las consecuencias jurídicas derivadas de la publicidad se producen con independencia de que se dé o no ese conocimiento efectivo. Sin embargo, esta cognoscibilidad de índole legal lejos está de excluir la posibilidad de conocimiento efectivo, material no solo presunto, por parte de los interesados. Sería sencillamente injusto que la ley presuma e imponga un conocimiento –el del contenido registral– para, al mismo tiempo, vedar el acceso efectivo a ese contenido. Por esta razón, el Registro de la Propiedad es esencialmente público, a diferencia de ciertos Registros administrativos o de los llamados en Derecho «archivos», que hasta pueden ser –nos recuerda Manzano Solano– secretos, por su naturaleza (como es el protocolo notarial) o por razones de interés público (*v. gr.*, secretos oficiales).

2.3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Es muy difícil encontrar antecedentes de una publicidad registral en el Derecho romano. El Derecho romano se sirvió de formas y solemnidades ceremoniales para la transmisión del dominio. De registros públicos hay muy leves rastros; existieron algunos, pero no se les atribuía efectos de índole jurídico-administrativa, sino de carácter administrativo o tributario.

En la Edad Media, en el ámbito de los Estados germánicos, muchas iglesias, monasterios y grandes propietarios territoriales tomaron como costumbre servirse de unos libros en los que se copiaban los documentos referentes a las propiedades, bien mediante la consignación de una nota escueta del negocio relativo a los inmuebles o bien mediante transcripción íntegra del documento.

Con respecto a nuestro país, el primer antecedente de un sistema de registro público se suele encontrar en una Real Pragmática de Carlos I, dictada en el año 1539, a petición de las Cortes de Toledo. En ella, se instituía un registro de gravámenes, registro especial donde se tomara razón de los censos, tributos e hipotecas de las heredades.



Pero, como en el resto de Europa, también en España fue a finales del siglo XVIII cuando la necesidad de un registro de gravámenes se hizo sentir con toda la fuerza, dando lugar a la creación de los llamados Oficios o Contadurías de Hipotecas, establecidos por una Real Pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768. Se organizaron en todas las cabezas de partido, haciéndose constar los gravámenes y la venta de bienes con alguna carga. La toma de razón se hacía en los libros de cada pueblo y se efectuaba por los escribanos de los ayuntamientos.

Durante el siglo XIX los intentos codificadores se sucedieron ininterrumpidamente. Sin embargo, es con el fracaso del Proyecto de Código de 1851 cuando surge como uno de los temas más agudos e importantes el de dotar al país de un moderno sistema hipotecario: se conviene, entonces, legislar en la materia de manera independiente, sin tener que esperar a resolver los problemas que paralizaban la promulgación de un Código Civil. Es así que la comisión creada al efecto culmina sus trabajos el 4 de julio de 1859, redactando un proyecto de ley, que se convertiría posteriormente en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. Su exposición de motivos todavía supone un pasaje de consulta ineludible en el devenir de nuestra legislación.

Tras la entrada en vigor de la ley, se observaron en la misma algunos defectos, lo cual dio lugar a que se promulgara la Ley de 21 de diciembre de 1869.

El Código Civil, por su parte, dedicó a la materia del Registro de la Propiedad únicamente cuatro artículos, del 605 al 608. Resultaría igualmente muy escasa su regulación sobre la hipoteca (arts. 1.874 a 1.880), más allá de la importancia que habría tenido que dispusiera sobre el carácter constitutivo de su inscripción. En todo caso, el Código realizaría abundantes reservas y remisiones a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Tras las posteriores y sustanciales reformas de 1909 y 1944, el texto refundido de la actual Ley Hipotecaria se dictó el 8 de febrero de 1946, viendo la luz su Reglamento el 14 de febrero de 1947. Obviamente, una y otro han sufrido variadas modificaciones en todo este tiempo, siendo la última la operada en el año 2007.

3. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO ESPAÑOL

En el ordenamiento español, los **principios hipotecarios** son por tradición los criterios básicos que conforman el sistema de publicidad jurídica inmobiliaria.

Roca Sastre los define como el resultado conseguido mediante la sintetización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia, manifestada en una serie de criterios fundamentales, orientaciones esenciales o líneas directrices del sistema inmobiliario registral español. Más sencillamente, para Lacruz, serían las reglas generales de la legislación hipotecaria española.

Los principios hipotecarios, en la medida en que se llega a ellos por inducción del Derecho positivo, no tienen rango de principios generales del Derecho; no son reglas permanentes, de valor universal, que estén por encima del ordenamiento formulado, sino que son normas de Derecho positivo cambiantes y variables como los mismos medios de que el ordenamiento jurídico puede servirse para la realización de la seguridad del tráfico inmobiliario. Concebidos así, se desarrollan a continuación, sin perjuicio de que el contenido de alguno de ellos sea objeto de un ulterior y más profundo análisis en las próximas Unidades.

3.1. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN (U OPONIBILIDAD)

La palabra «inscripción» puede ser entendida como sinónimo de toda clase de asiento registral, aunque en un sentido más estricto se refiera al asiento específico de carácter principal que se practica en el Registro para constatar la existencia de una mutación jurídico-real producida (constitución, declaración, modificación, transmisión o extinción del dominio o derecho real).

Precisiones

En el artículo 41 del Reglamento Hipotecario se comprueban los dos sentidos del vocablo. Dice el precepto:

> «En los libros de los Registros de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de asientos o inscripciones: asientos de presentación, inscripciones propiamente dichas, extensas o concisas, principales y de referencia; anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales».

Así las cosas, cuando se habla del principio de inscripción, se sobreentiende que la palabra es empleada en ese su primer sentido más lato o extenso, planteándose entonces como problema el del valor que la inscripción tiene en orden a las mutaciones jurídico-reales que puedan producirse.



En el sistema español, como regla general, la inscripción no es factor esencial, constitutivo, para que se produzca la constitución o transmisión de los derechos reales inmobiliarios: la inscripción cumpliría, pues, una función de publicidad. Sin embargo, no ha de entenderse que la inscripción serviría solo para «dar a conocer» sino también para «tener por conocido». Puede decirse, así, que el principio de inscripción lo sería de oponibilidad, aspecto este en cuya virtud todas las situaciones jurídicas inscritas alcanzarían eficacia jurídico-real, eficacia frente a terceros, sin que estos puedan alegar el desconocimiento de lo publicado, la falta de directa o personal consulta a los libros del Registro.

EJEMPLO 2

Puede, por tanto, comprarse una finca sin consultar al Registro, no es ello obligatorio. Sin embargo, quien así lo haga deberá respetar las cargas y gravámenes que consten registradas sobre la finca quedando afectado por ellas como si lo hubiera hecho. Claro que, de haberlas conocido, de haber efectuado la pertinente consulta, probablemente habría desistido de contratar o, cuando menos, habría optado por hacerlo en otras condiciones, por otro precio.

Pese a todo, el legislador insiste en la relevencia del Registro antes de contratar como surge del artículo 175 del Reglamento Notarial, imponiéndole al notario autorizante que informe de la situación registral a los interesados en contratar, a no ser que «el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho de la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos». La consulta, pues, sigue siendo voluntaria, pero la conveniencia de tomar conocimiento del estado registral de las fincas se fija como principio.

Relacionado con todo este tema, por su interés, téngase en cuenta que la renuncia del comprador de una finca a consultar su estado registral no implica que renuncie al oportuno saneamiento; como ha venido afirmando el Supremo, «el conocimiento del riesgo por evicción por parte del comprador no conlleva la pérdida de su derecho a reclamar» (entre otras, STS 159/2009, de 9 de marzo).

En este contexto, la oponibilidad significa, antes de nada, la presunción absoluta de conocimiento de lo que está inscrito, y parte del carácter declarativo de la inscripción, esto es, de la posibilidad de existencia de los derechos y relaciones registrables sin que se registren. De modo que podrá haber derechos no registrados susceptibles de conocerse, y por tanto imponerse, pero no podrá, a menos que se inicie el pertinente expediente contradictorio, pasarse por alto lo registrado. Así concebido, el de oponibilidad se apoyaría indisolublemente en el principio que sigue: el de legitimación.

Precisiones

Que lo inscrito se tenga por conocido no significa que lo no inscrito pueda no llegar a oponerse, aun frente a quien consta inscrito. Pero para ello se requerirá que el interesado no inscrito pruebe la razón de oponibilidad de su derecho, razón distinta evidentemente a su registro, razón normalmente basada en el conocimiento o posibilidad cierta de conocimiento del titular inscrito acerca de la existencia del derecho que pretende serle opuesto. Pero por exigencias del principio de legitimación, de la exactitud del Registro de la que parte este principio, como veremos a continuación, necesitará acometer judicialmente la necesaria impugnación de la «verdad» declarada por el Registro. El ejemplo típico lo constituyen las servidumbres aparentes, que aun no inscritas, por revelarse mediante signos exteriores, suelen determinarse oponibles al tercero que haya comprado la finca gravada aunque no consten inscritas.

3.2. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

En virtud del principio de legitimación se presume *iuris tantum* la exactitud del Registro, que el contenido del Registro refleja fielmente la realidad, en tanto no se declare su inexactitud. Esta presunción general de veracidad se despliega, en relación con el derecho inscrito, a favor de su propia existencia, pero también de la titularidad y contenido con que consta publicado.

El principio que comentamos se encuentra recogido en los siguientes preceptos de la Ley Hipotecaria:

- En el artículo 1, párrafo tercero, cuando establece que los asientos del Registro «en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguarda de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta ley».
- En el artículo 38, párrafo primero, por cuanto «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».
- En el artículo 97 de la Ley Hipotecaria, por cuya virtud «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere».



En su dimensión procesal, los efectos de la presunción de exactitud en que consiste el principio se despliegan a favor del titular inscrito de distinta forma según actúe como demandante, demandado o tercerista.

- **En calidad de demandante.** El titular inscrito puede ejercitar las acciones reivindicatoria, negatoria o confesoria con solo aportar la correspondiente certificación del Registro.

  El titular registral, además, se halla legitimado por el hecho de serlo para impetrar su más rápida defensa contra quien, sin título inscrito, se oponga a su derecho o lo perturbe en su ejercicio por el trámite del juicio verbal (art. 41 de la LH). Es la llamada «acción real registral».

  La naturaleza jurídica de esta acción es muy discutida. En todo caso, cualquiera que sea el criterio sostenido acerca del procedimiento, lo cierto es que, como se mantiene en la jurisprudencia, presenta un carácter especial, singular y expeditivo, orientado a la protección de los derechos reales inscritos, en tanto que consecuencia de la fuerza legitimadora del Registro de la Propiedad, al presumirse concordantes Registro y realidad, en el sentido de que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, al extremo de que, para contradecir esta concordancia, deberá formularse oposición con base en alguna o algunas de las causas taxativamente contempladas en la ley.

  En tal sentido, la oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes (art. 444.2 de la LEC):

  > «1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.
  >
  > 2.º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito.
  >
  > 3.º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción.
  >
  > 4.º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado».

Si la pretensión del demandante se estima, se mandará poner fin a la perturbación que se haya ocasionado en el libre ejercicio de su derecho, reintegrándole si fuera el caso, y como en la reinvindicatoria, en la posesión. Por su carácter sumario, por la tasación del objeto de conocimiento que caracteriza este singular procedimiento, la sentencia carecerá de efectos de cosa juzgada, pudiendo cualquiera de las partes a continuación promover el juicio declarativo que corresponda.

Al lado de la «acción real registral», el titular inscrito puede, con la sola certificación del Registro, justificar su posesión para presentar el interdicto de retener o recobrar oportuno. Es la consecuencia primordial de la presunción posesoria referida expresamente en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El demandado siempre podrá acreditar, obviamente en el mismo expediente, que la posesión alegada no se sostiene en los hechos, que él no pudo despojar al demandante por cuanto a su entrada en el bien el titular registral no se encontraba poseyéndolo. Al limitarse a ello, la presunción, pues, no soliviantaría ninguna de las reglas propias de los interdictos.

- **En calidad de demandado.** Como el titular registral cuenta a su favor con la presunción de existencia y pertenencia del derecho, cualquier acción que lo contradiga debe dirigirse contra él; de otra forma, no cabría registrar el título que, contrario, opuesto al suyo, se hubiera declarado en un procedimiento al cual no hubiera sido convocado.

EJEMPLO 3

Quien alegue haber ganado por usucapión la propiedad de un inmueble deberá demandar en todo caso a quien figure como titular registral, aunque le conste que hubiera transmitido a un tercero el cual todavía no hubiera presentado su título a inscripción. En el caso, el usucapiente, para la total seguridad de un pronunciamiento favorable a sus intereses, terminaría por demandar a ambos.

Desde el primer artículo de la Ley Hipotecaria, vendría a afirmarse en este sentido que los asientos registrales se encontrarían bajo la salvaguardia de los tribunales, máxima de la que surge una suerte de intangibilidad de los asientos despachados que, por principio, no pueden cancelarse de no me-



diar consentimiento expreso de su titular o mandamiento judicial al respecto. Solo cuando la causa de cancelación sea enteramente objetiva podrá solicitarse la cancelación sin contar ni con la habilitación judicial ni con la anuencia del perjudicado. Es el caso de todos aquellos derechos vitalicios o nacidos con una duración predeterminada, que por su condición habrán de extinguirse por el mero transcurso del tiempo señalado. Por ejemplo, con la sola presentación del oportuno certificado de defunción, podría solicitarse por el hasta ese momento nudo propietario la cancelación del usufructo.

EJEMPLO 4

Es así que, aun cuando por influjo del principio de prioridad deben cancelarse ciertos asientos (por ejemplo, en la ejecución hipotecaria, el de un acreedor con anotación de embargo a su favor posterior a la hipoteca que ejecuta) se exige que los titulares de tales asientos, por cuanto están llamados a cancelarse como consecuencia, sean citados al procedimiento. Diferente es el caso de que estos titulares se hayan presentado al Registro cuando en el folio de la finca ya se ha hecho referencia de que la hipoteca está en trámites de ejecución, por cuanto desde un principio habrían podido conocer de la extinción que se cernía sobre sus derechos y personarse en el procedimiento para la garantía de sus intereses.

- **En calidad de tercerista.** Dispone el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, párrafo tercero, que en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos están inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto a los cuales se suspende el procedimiento.

  De tal modo se consagra la que conviene en denominarse «tercería registral», la cual viene a facilitar el sobreseimiento del procedimiento ejecutivo respecto de un bien embargado cuando el demandado en el expediente no es su titular registral. Si tal previsión no existiera o cuando ella no pueda ser

aplicable –como en el caso que se menciona en el párrafo siguiente–, el titular registral quedaría sometido a la carga de interponer la pertinente tercería de dominio ante el tribunal donde se hubiera adoptado el embargo, sustanciándose la tercería por el cauce del juicio ordinario (*cfr.* art. 599 de la LEC).

En buena lógica, de la «tercería registral» solo podrá beneficiarse el titular registral que no debiera quedar afectado por la ejecución impetrada contra el demandado; por ejemplo, aquel sujeto que haya adquirido de él y cuyo título se hubiera presentado en el Registro después de que lo hubiera hecho precisamente el embargo.

3.3. EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

Íntimamente vinculado con el de legitimación, el de fe pública se encuentra formulado, en sus líneas generales, en el artículo 34, con el complemento del artículo 37, de la Ley Hipotecaria. En su virtud se protege al tercero que adquiera a título oneroso confiando precisamente en la exactitud de lo que consta publicado; confiando pues, en que quien le transmite se encuentra plenamente legitimado y en que no existe vicio o defecto en su título que impida la transmisión.

El fundamental artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece exactamente lo siguiente:

> «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.
>
> La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.
>
> Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».

Al estudio de este principio se dedicará buena parte de la Unidad siguiente, por lo que a ella hemos de remitirnos. Por ahora basta con apuntar que será precisamente la adquisición *a non domino* por el «tercero hipotecario» la manifestación característica de la protección dispensada por el principio. La fe pública registral supone, así, que el verdadero dueño o titular se verá privado de su derecho en favor de otra persona que



adquirió de quien frente a él apareció como titular no lo fuera porque se comprobara la nulidad de su título –sin conocimiento obviamente del tercero protegido por el art. 34 de la LH–, o porque habiendo sido válido y légitimo titular, al momento de autorizar la transmisión respecto del tercero, se hubiera producido una causa de resolución, revocación o rescisión de su derecho no explicitada ni anunciada en ese tiempo en el Registro (*cfr*. art. 37 de la LH).

Por tanto, mientras que el principio que sigue, el de inoponibilidad, aun compartiendo el capital requisito de la buena fe para que quede protegido, resguardaría al tercero frente a lo no inscrito, el principio de fe pública registral protegería frente a lo inscrito, frente a la inexactitud insospechada, la que pudiera declararse luego de que el tercero presentara su título en el Registro.

EJEMPLO 5

Quien compra e inscribe, así, la transmisión autorizada a su favor por un titular registral que ha adquirido a su vez la propiedad por un título que se encuentra en vías de impugnación judicial quedaría a salvo de la acción dirigida contra el título de su transmitente si al momento de presentar su propio título de adquisición en el Registro no consta anuncio en sus libros de la acción impetrada. De constar, dejaría de funcionar el principio de fe pública registral, aplicándose el de oponibilidad de los efectos de ese proceso en su contra. Su título, en este segundo caso, podrá inscribirse no obstante, aunque sobre él pendería la posibilidad cierta de su cancelación como consecuencia de la presentación en el Registro de la sentencia que se dicte en ese procedimiento en favor del demandante.

3.4. EL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD

Según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». Aunque el sentido del precepto esté lo bastante claro, la mayoría de la doctrina ha entendido siempre que ese tercero no es otro que el protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, esto es, el tercero inscrito que de buena fe y a título oneroso haya adquirido del que figura en el Registro como propietario. No obstaría a esta interpretación que el artículo 606 del Código Civil repita la dicción de la norma controvertida, pues el propio Código, en su artículo 608, vendría a otorgar libertad a la Ley Hipotecaria para determinar el valor y efectos de las inscripciones.

Frente a esta teoría que ampara la existencia de un solo tercero hipotecario, la tendencia actual pasa por estar a la literalidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, para cuyo mejor entendimiento conviene relacionar el concepto ya mencionado de oponibilidad con el de inoponibilidad.

Se habla, con Ragel, de oponibilidad, el primero y más fundamental de los efectos que la inscripción importa en el ordenamiento inmobiliario español, cuando los terceros deben contar con un acto jurídico en lo venidero, tienen que actuar conforme a esa realidad, sin posibilidad de eludirla jurídicamente. La oponibilidad se caracteriza, así, por imponer al tercero la realidad del acto jurídico. El tercero debe soportar esa realidad, contar con ella necesariamente a la hora de ejercitar sus derechos. En tal sentido, «cuando las partes contratantes oponen el contrato al tercero no pretenden vincularle sin su voluntad extendiendo a él las deudas y los compromisos adquiridos, sino hacerle respetar los efectos que dicho contrato ha producido entre ellos (*v. gr.*, una compraventa y la subsiguiente transmisión de dominio)».

Frente a ello la inoponibilidad consiste, sin embargo, en la «facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, pueda actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido». La noción aplicada al Registro significa que lo que, siendo inscribible, no se haya inscrito no puede afectar a quien ha adquirido emplazamiento registral, a reserva, como se verá en la Unidad siguiente, de que se demuestre que conoció del derecho no inscrito por otros medios, y ello, claro está, por exigencias del principio de legitimación, a través del oportuno expediente contradictorio impetrado contra él.

EJEMPLO 6

Si Pedro confiere a Santiago la opción de compra sobre un inmueble, título que no se inscribe, y después Pedro vende a un tercero, Juan, no tendrá Juan que respetar el derecho conferido a Santiago salvo que este acredite, en el oportuno expediente contradictorio, que Juan conoció efectivamente de su existencia.

3.5. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

Si sobre una misma finca concurren varios derechos reales, estos se gradúan y clasifican, en orden a su preferencia, teniendo en cuenta la fecha de ingreso en el Registro. El derecho más antiguo prevalece sobre el más moderno (*prior in tempore, potior in iure*).



Frente al Derecho civil, que determina la preferencia por la fecha de constitución de los derechos, el Derecho hipotecario la refiere a la fecha de los asientos registrales y, más concretamente, a la de la presentación del correspondiente título ante el Registro. El que inscribe, el que presenta un título que luego se inscribe, tiene un derecho preferente sobre todos los demás títulos que al momento de su presentación no consten al menos presentados.

Cuando se trata del dominio o de otros derechos inscribibles que no puedan coexistir sobre una misma finca, la prioridad actúa en sentido excluyente. En caso de derechos compatibles, se limita a conferir un rango preferente al derecho que antes acuda al Registro.

En la Ley Hipotecaria no hay un precepto que formule con claridad y precisión el principio de prioridad, pero resulta de los artículos 17, 20, 24, 25, 32, 34 y 69.

La fecha determinante de la prioridad es la de la presentación del título en el Registro; el artículo 24 de la Ley Hipotecaria expresa en tal sentido que considerará como fecha de la inscripción, para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma. Asimismo, para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos (art. 25 de la LH). En caso de presentarse al mismo tiempo dos o más títulos contradictorios sobre una misma finca, se procederá en la forma que determinan los artículos 420 y 426 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 17 de la Ley Hipotecaria se despacha por su parte como sigue:

> «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.
>
> Si solo se hubiera extendido el asiento de prestación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de 60 días, contados desde el siguiente al de la fecha del asiento mismo».

El precepto incorpora el secular «cierre registral», llamado así porque el Registro se cierra para los que acuden tardíamente con títulos de fecha anterior a la del que está ya debidamente inscrito y resulten frente a él de contenido opuesto o incompatible.

EJEMPLO 7

Si una finca es vendida por su titular registral a dos compradores diferentes mediante sendas escrituras públicas entre las que trascurren un cierto tiempo y solo la segunda se inscribe, la inscripción de esta impedirá que se inscriba la primera.

En el caso de que el título primero en inscribirse fuera la primera venta formalizada, el artículo 17 de la Ley Hipotecaria sería inaplicable, pues el título que no podría inscribirse sería posterior, no anterior como dice el precepto; en este caso, la incompatibilidad se resolvería más propiamente con base en el principio de tracto sucesivo.

Precisiones

La incompatibilidad entre el título rezagado y el ya registrado debe considerarse en un sentido amplio o económico, en relación con la imposibilidad de inscribir todo título de fecha anterior que contradiga o perjudique los intereses del titular inscrito. Así, frente a la imposibilidad física, que no solo económica, de un doble dominio sobre la finca, tampoco sería inscribible el título autorizado por el anterior propietario en cuanto a la constitución de una servidumbre, el cual no podría registrarse al haberse operado registralmente el cambio de titularidad en la propiedad. Fíjese que en abstracto, servidumbre y dominio serían dos derechos reales perfectamente compatibles sobre un inmueble, aptos de suyo, para concurrir simultáneamente. Sin embargo, la inscripción extemporánea de la servidumbre en contra del nuevo propietario sería contraria a los intereses de este.

El cierre registral está pensado para los casos de incompatibilidad. En cambio, cuando concurren varios derechos compatibles sobre una misma finca, la situación de prioridad de unos asientos respecto a otros se llama rango.

EJEMPLO 8

Si Pedro, titular registral, constituye usufructo en favor de Juan, el embargo que se decrete contra Pedro a instancia de alguno de sus acreedores podrá inscribirse, pero sin afectar en modo alguno al derecho de Juan. En consecuencia, la nuda propiedad sería el objeto exclusivo tanto del embargo como de la eventual ejecución posterior del bien embargado.



El rango influye en el valor del derecho, que aumenta o disminuye al mismo tiempo que se eleva o pospone el rango, especialmente cuando se trata de hipotecas sucesivamente constituidas.

EJEMPLO 9

Si Pedro constituye hipoteca sobre un bien hipotecado antes en favor de otra entidad financiera, la ejecución de la primera hipoteca supondrá la cancelación de todos los derechos posteriores, pudiéndose cobrar la segunda entidad con cargo a lo obtenido en el expediente de ejecución solo cuando el crédito garantizado con la primera hipoteca hubiera sido íntegramente saldado.

El rango es negociable; a través de estos negocios jurídicos se cambiará el lugar que al derecho corresponde por razón de la prioridad registral siempre y cuando lo consienta el titular que haya de verse pospuesto a resultas y, en su caso, si existen, los titulares intermedios.

EJEMPLO 10

Si sobre una finca existen tres hipotecas, A, B y C, los titulares de A y B podrán intercambiar libremente sus rangos, efectuándose las debidas anotaciones al margen de cada hipoteca. Pero si los que desean «permutar» sus rangos son A y C, el registrador debe solicitar el asentimiento de B, para evitar que quede perjudicado por un derecho de contenido distinto al que le era preferente al momento de presentarse en el Registro.

Si Pedro vende una finca a Juan y por diferimiento en el pago se conviene la pertinente condición resolutoria de la venta en caso de impago, se permite en nuestro ordenamiento que Pedro consienta que la condición quede pospuesta al crédito de la entidad financiera con la que haya de contratar Juan. De otro modo, pocos bancos, cuando no ninguno, brindarán crédito a Juan con garantía en el dominio que ostenta sobre el inmueble mientras no salde la deuda.

3.6. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Con fundamento a su vez en el de legitimación, el principio de tracto sucesivo exige que el acto que pretenda inscribirse derive del titular último inscrito, de tal manera que

el Registro refleje las transmisiones en perfecta sucesión. La continuidad, sin interrupción, en la titularidad registral determina que todos los actos relativos a una misma finca consten en el Registro.

El principio surge del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, según el cual «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Y como solo es necesaria la previa inscripción respecto a la persona que otorgue el acto o en cuyo nombre se otorgue, no es exigible, consecuentemente, la inscripción previa a favor de los mandatarios o representantes que en su lugar hayan autorizado el título cuya registración se pretenda (art. 20, párr. 4.º).

La previa inscripción solo es requisito para que el acto ingrese en el Registro; pero no es requisito para su validez. Si existe, el título tiene acceso al Registro; si falta, no. Y falta tanto si no consta inscrito el derecho a favor de persona alguna, como si resulta inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue el acto de transmisión o gravamen (art. 20, párrs. 2.º y 3.º). En el primer caso, el título puede presentarse para obtener la inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y si no llega a acreditarse que sea susceptible de inmatriculación, el registrador suspenderá la inscripción y tomará anotación preventiva a solicitud del interesado. En el segundo caso, el registrador denegará la inscripción, o solo la suspenderá si el otorgante del acto es causahabiente del titular inscrito (art. 103 del RH).

EJEMPLO 11

Si Pedro vende su finca sucesivamente a Juan y Santiago, y Juan inscribe primero, Santiago no podrá inscribir su título, pues en el folio ya constará Juan como propietario y su adquisición no ha sido consentida por él. Como se ve, el ejemplo manifiesta una cierta similitud funcional entre el tracto y el cierre registral; téngase en cuenta, no obstante, que el acto incompatible excluido por el «cierre registral» tiene que ser anterior al inscrito y ha de estar otorgado por el mismo *auctor* del que trae causa el nuevo titular ya inscrito; no siendo así, la exclusión procederá no por virtud del «cierre registral», sino por exigencia del principio de tracto sucesivo.

Asimismo, es por virtud del principio de tracto sucesivo que los registradores no pueden inscribir un mandamiento judicial si comprueban que el demandado en el procedimiento en el que la medida se haya adoptado no es la persona que consta como propietario en el folio de la finca, si el titular no ha intervenido en forma alguna en el procedimiento. Como única excepción, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria *in fine* permite que en los procedi-

.../...



.../...

mientos criminales se disponga la anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes si a criterio del juez o tribunal existen indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento. De modo que, si, por ejemplo, se interpone querella criminal contra una determinada persona física por supuestos delitos de estafa y falsedad, y se ordena por el Juez de Instrucción tomar anotación preventiva de prohibición de disponer sobre una finca que aparece inscrita a nombre de una sociedad anónima cuyo socio mayoritario es el querellado, la anotación podrá practicarse si se solicita expresamente por el juez con base en tal circunstancia.

Normalmente, cada título consta inscrito en un asiento independiente. Pero en algunos casos, para evitar inscripciones formularias o transitorias, la ley admite con carácter excepcional que puedan reflejarse en un solo asiento dos o más actos inscribibles por separado. En tales supuestos subsiste la exigencia de la previa inscripción; la particularidad consiste en que no son necesarios asientos independientes para que actúe con plena eficacia el tracto sucesivo. Se conoce ello con el término de tracto comprimido o abreviado.

Precisiones

Por tanto, en función del principio de tracto sucesivo, siempre de la documentación que se presente a inscripción deberá acreditarse que la nueva pretendida titularidad proviene, inmediata (caso ordinario) o mediatamente (caso extraordinario) del último titular inscrito, ocurriendo la mediatización del tracto tanto en los supuestos de tracto abreviado, donde únicamente con la práctica del asiento solicitado se corresponderá a cumplir con la continuidad de titularidades exigida, bastando con la aclaración en el cuerpo de ese asiento de la titularidad o titularidades intermedias, como en las hipótesis en que la titularidad se haya declarado en el pertinente juicio contradictorio incoado contra el titular inscrito (por reivindicación, usucapión, etc.) y, con respeto, es obvio, a las debidas garantías procesales.

EJEMPLO 12

Ejemplo de tracto sucesivo abreviado es el de los coherederos que tengan adjudicado tras la oportuna partición la propiedad de un inmueble y lo vendan a otro coheredero que no tenga parte alguna adjudicada en ese bien. Así, se practicará un solo asiento a favor de

.../...

.../...

este, sin que sea necesario que los vendedores inscriban antes su derecho, la adjudicación operada a su favor. En el folio constará como asiento anterior el del causante de la herencia y, a continuación, como resultado de ese negocio jurídico, el de la adquisición a favor del comprador. Se omitirá, pues, un asiento (el del título de la partición), pero la cadena de titularidades, exigencia inderogable del tracto, se mantendrá no obstante, ya que basta con que se haga cumplida información del paso intermedio en el asiento que se ha de despachar a favor del comprador.

Finalmente, con respecto al tracto, debe hablarse del expediente de reanudación del mismo, pensado en la ley cuando uno de los titulares anteriores no haya llevado su título al Registro impidiendo así que cualquiera de los posteriores lo haga. El expediente está pensado, pues, en ausencia de conflicto, para el caso en que la cadena de titularidades no se haya roto en la realidad extrarregistral pero sí en el Registro. A través de los medios que se disciplinan en los artículos 200 y siguientes de la Ley Hipotecaria, se trata de facilitar que el propietario último pueda inscribir su título, sin obligarle a aportar todas y cada una de las escrituras o títulos públicos, en estos casos casi siempre inexistentes, en que se fundara el derecho de quienes le hayan precedido en la titularidad de la finca sin constar inscritos.

3.7. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

En virtud de este principio, se concluye la necesidad de que, en un primer momento, se identifique el cuerpo principal (la finca) sobre el cual hayan de recaer las sucesivas inscripciones, a través del expediente de inmatriculación o de apertura de folio registral, para, luego, determinar con concreción el tenor y alcance de los actos que, teniéndolo por objeto, hayan de volcarse sobre el folio.

Entre las manifestaciones que más concisamente destacan del principio, Gómez Gálligo señala dos grandes aspectos:

- En un primer término, el aspecto material del principio de especialidad hace referencia a los derechos reales objeto de inscripción y significa la exacta determinación del derecho real inscrito. La seguridad jurídica inmobiliaria y la protección de la apariencia que dispensa el Registro de la Propiedad exigen que no exista la mínima duda respecto del alcance y efectos de los



derechos inscritos. En este aspecto material o sustantivo, la especialidad exige una precisa concreción de la naturaleza, contenido y título constitutivo de los derechos publicados por el Registro. En cuanto a su contenido, específicamente, deberá estar perfilada nítidamente su titularidad, duración, extensión, facultades que atribuye y causa jurídica económica a que responde, así como, en su caso, su valor.

EJEMPLO 13

Por exigencias del principio de especialidad, para la inscripción de una servidumbre de luces y vistas, por ejemplo, no basta con su simple indicación más el señalamiento de las fincas dominante y sirviente. Antes bien, se debe concretar, tiene dicho la Dirección General de los Registros y del Notariado, «su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente, a tal efecto, la nueva afirmación del establecimiento de servidumbre de paso y de luces y vistas y la identificación de los predios dominantes y sirvientes dejando indeterminados datos tan importantes como la ubicación y anchura de los pasos o la altura y distancia que las construcciones tienen que guardar para respetar el derecho a tener "luces y vistas"» (Resolución de 24 de octubre de 1998).

- En su aspecto formal, el principio de especialidad se refiere a la forma de practicarse los asientos en el Registro de la Propiedad y responde, a su vez, a una triple expresión:

  – Al sistema de folio real, que se traduce en la necesaria apertura de un folio para cada una de las fincas, sobre el cual se va a hacer constar el historial jurídico de estas. Esta operación, de apertura de folio a la finca, recibe el nombre de nombre de matriculación y responde, por su finalidad, a un procedimiento específico distinto al registral común que veremos en la Unidad didáctica 8.

  – A la claridad de redacción, de manera que los asientos se extiendan unos después de otros, sin huecos ni claros entre los asientos, y con expresión circunstanciada de todos los requisitos exigidos para la delimitación material del derecho inscrito.

– A la previsión legal de la operación solicitada, de manera que no se podrán practicar sino los asientos previstos en la legislación hipotecaria, sobre la base del carácter imperativo del procedimiento registral.

3.8. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN

El procedimiento registral se inicia, por regla común, a instancia de parte. En esto consiste el llamado principio de rogación.

Siguiendo a Roca Sastre, el fundamento del principio radica en el hecho de que nuestros Registros de la Propiedad inmueble son una institución pública, pero puesta al servicio e interés inmediato de los particulares. Y así, la inscripción es voluntaria o facultativa, pues la ley no la impone con la obligatoriedad de otros Registros.

El principio de rogación se fundaría, entonces, en la voluntariedad de la inscripción, en la facultad de obtener la inscripción, y esta, a su vez, en la particular función a la que propende el Registro con vistas a los intereses en presencia. Es algo que afirma Rajoy Brey, cuando advierte que con el principio de rogación lo que se pretende es que la adquisición y pérdida de las posiciones registrales acontezca al margen totalmente de la iniciativa del registrador, pues «hay que tener presente que el Registro tutela intereses particulares, que solo por su multiplicidad poseen una incuestionable relevancia social, y que, además, define y asigna los derechos reales a favor de uno de esos particulares, lo que implica, cuando se trata de derechos incompatibles, que priva de su titularidad al resto o, si estamos ante otros de naturaleza compatible, que les atribuye un rango determinado. El primer punto determina que hayan de ser los particulares quienes insten la intervención registral. Ello es una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad privada. Es perfectamente factible que, en el ejercicio de ella, el particular opte por mantener la adquisición de un derecho en la clandestinidad. En principio, hay que respetar su voluntad toda vez que solo su derecho puede resultar perjudicado por su actuación. Lo que no cabe es liberarle después de esas consecuencias, en el supuesto que lleven consigo la privación para él de tal derecho, ni indemnizarle por dicha pérdida, salvo lógicamente que esta haya tenido su origen en un error en la calificación. El segundo aconseja que el registrador se mantenga al margen de las cuestiones, como es el hecho de inscribir o no un derecho, que puedan influir en su definición y asignación».

Siendo tal el fundamento del principio, el mismo no impide, sino todo lo contrario –en atención a los intereses particulares que son los que en él subyacen–, que se habilite un amplio elenco de sujetos legitimados para instar la variación de las situaciones regis-



trales. Se comprende, por tanto, el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, norma en cuya virtud la inscripción podrá pedirse indistintamente por el que adquiera o transmita el derecho, pero también por cualquiera que, no siendo ni uno ni otro, «tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir».

3.9. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad, en sede registral, implica, en primer lugar, la necesidad de titulación o documentación pública para que pueda practicarse una inscripción (art. 3 de la LH); en segundo lugar, alude a la labor de calificación, de control que ejerce el registrador, el encargado registral, en cuanto al fondo y la forma del título presentado (art. 8 de la LH).

En esa primera vertiente, que se dice formal, el principio se denomina también de autenticidad, pues para que se inscriba un título se requiere que esté contenido en escritura pública o documento expedido por autoridades oficiales o judiciales. Se admiten excepciones, esto es, la práctica de asientos a partir de documentos privados, aunque en tasados y muy contados casos; véase, por ejemplo, el artículo 59 de la Ley Hipotecaria.

En la segunda, correlativamente llamada sustantiva, el principio significa que el Registro debe controlar la legalidad de los actos que se le presentan, con lo que se hace referencia a la calificación que de cada documento presentado a inscripción debe efectuar bajo su responsabilidad el registrador.

Así las cosas, y a reserva de las mayores particularidades que se destacarán en la Unidad didáctica 8, con la titulación auténtica, dice García García, el sistema registral consigue que los documentos tengan una primera garantía de legalidad, por haber sido autorizados o expedidos por notario, fedatario o autoridad; mientras que en la segunda modalidad del principio, se basa en la existencia de un órgano independiente que controle la legalidad del acto en todos sus requisitos, a efectos de la inscripción en el Registro.

3.10. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (FORMAL)

Si todo el sistema registral es de publicidad, parece obvio que de publicidad, como principio, solo se puede hablar en esa vertiente exógena o exteriorizadora, por la cual se facilita el efectivo conocimiento de la información de los asientos del Registro, especialmente de aquellos que todavía no ostentan la cualidad de titulares de un derecho susceptible

de inscripción, pero ponderan serlo. Es esta, recuérdese, una de las finalidades del Registro. Y es que al igual que los derechos reales no pueden declararse absolutos sin poner al alcance de terceros los medios para su exteriorización, las situaciones jurídicas registrables no pueden imponerse sin facilitar que los terceros que puedan resultar afectados por ellas arriben a su real conocimiento.

Se distingue así, entre una publicidad de orden material (en la que se contienen todos los particulares efectos que la inscripción traerá consigo, y condensada básicamente en el principio de inscripción) y otra formal, pendiente de brindar el efectivo conocimiento de lo publicado a los interesados.

Particularmente, hay dos medios para la manifestación de la información registral:

- **La nota simple.** Proporciona la información básica sobre la finca y su estado jurídico, y suele ser el expediente más utilizado en la práctica. Contiene una descripción del inmueble, refiriendo su situación, superficie, anejos, cuota de participación en la propiedad horizontal, régimen administrativo que pudiera afectarlo (si se trata de una vivienda de protección oficial), hipotecas que puedan gravarlo (con expresión de la responsabilidad hipotecaria por principal, intereses y costas, y plazo de duración), embargos, servidumbres, posibles litigios sobre la propiedad, afecciones fiscales y, en general, cualquier circunstancia que lo afecte. Podrá además recoger cualquier otro dato cuya constancia expresamente solicite el interesado.

  La nota simple puede obtenerse mediante solicitud dirigida por cualquier medio al Registro de la Propiedad que corresponda a la ubicación de la finca o a través de cualquier otro Registro, aunque hoy lo común es solicitarla telemáticamente.

  Efectivamente, a través de la página www.registradores.org se pueden hacer consultas sobre la titularidad y las cargas de los inmuebles inscritos en cualquiera de los Registros de la Propiedad de España. Asimismo, cabe solicitar información acerca de los Registros de la Propiedad en los que una determinada persona o entidad pueda tener a su favor inscrito algún derecho. Estas peticiones serán calificadas por el órgano registral responsable, quien, según las circunstancias que concurran, podrá denegar la información con arreglo a la legalidad vigente. En todo caso, está prohibido incorporar la información recibida a una base de datos autónoma para su posterior comercialización, siendo así que la persona titular de los bienes consultados tiene legalmente reconocido el derecho de conocer quién, cuándo y por qué motivo ha solicitado información sobre los inmuebles o derechos a su nombre.



- **La certificación.** Puede tener un contenido más amplio que el de la nota simple, en cuanto podrá incluir, si así se solicita y se justifica un interés en su conocimiento, la reproducción literal de las inscripciones o información acerca del historial no vigente de la finca.

  Pero la importancia de la certificación radica en que se trata del único medio de acreditar fehacientemente el contenido del Registro. Téngase en cuenta en este sentido, como directamente se nos explica desde la propia página del Colegio de Registradores, que la nota simple tiene un mero valor informativo, pero no se trata de un documento público, ni da fe del contenido de los asientos del Registro. Es un traslado extractado del contenido que figura en los asientos registrales vigentes relativos a una finca. Por lo que para una mayor información cabe solicitar certificación, que hace fe, en juicio y fuera de él, del contenido de los asientos del Registro.

  Para la obtención de una certificación se requiere presentar una solicitud escrita y firmada en el Registro correspondiente, personalmente o por correo ordinario. El artículo 227 de la Ley Hipotecaria, redactado por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, prevé la obtención telemática de certificación registral; sin embargo, el mencionado precepto dilata la efectividad de la medida al correspondiente desarrollo reglamentario, al que habrá de esperarse para que esta posibilidad sea efectiva.

4. LA RELACIÓN ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO

El **Catastro** es la institución administrativa destinada a llevar un censo de la propiedad territorial. Frente al Registro de la Propiedad, nacido para favorecer, de consuno, intereses públicos y privados, el Catastro tiene un origen marcadamente público. Se trata de una organización fundamental para que la Administración pueda tener un conocimiento lo más exacto posible acerca de la propiedad fundiaria, con el propósito de ejercer el poder de ordenación y desarrollo territorial, aplicar tributos y cumplir con una finalidad estadística.

Sin embargo, pronto se demostró que sin la coordinación entre ambas y muy distintas (por sus fines) instituciones no habría sistema registral fiable. De nada serviría declarar la oponibilidad de los derechos que se registren si el bien que dicen tener por objeto difiere en

sus condiciones materiales (lindes, cabidas, construcciones, etc.) de las que se declaran en el Registro, o no existe, directamente. El Catastro estaría llamado, pues, a dotar al Registro de una información fidedigna sobre el soporte físico del que se predica su publicidad.

En esta dirección, la actual legislación propende a que los datos físicos de las fincas registrales coincidan con los que consten asignados en el Catastro. Se trata de una exigencia básica del principio de especialidad. Cada inmueble, en consecuencia, deberá identificarse a través de un código alfanumérico, en el que consiste justamente la llamada referencia catastral, al objeto de situarlo inequívocamente en la cartografía oficial del Catastro.

La referencia catastral deberá figurar, entonces, en los instrumentos públicos, mandamientos y resoluciones judiciales, expedientes y resoluciones administrativas, y en los documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales, al punto de que se establece como obligada su aportación ante el notario, por los requirentes u otorgantes del documento notarial en el que conste el hecho, acto o negocio constituido sobre el inmueble de que se trate, y ante el Registro de la Propiedad, por quienes soliciten del registrador la práctica de un asiento registral relativo a bienes inmuebles.

El registrador, una vez calificada la documentación presentada, recogerá en el asiento que practique, como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en el documento inscribible. No obstante, cuando considere que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del hecho, acto o negocio jurídico documentado, lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido por cualquier medio que permita su constancia, en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de recepción de la solicitud.

A su vez, y para que las titularidades del Catastro coincidan en la medida de lo posible con las del Registro, los registradores remitirán periódicamente a la Gerencia o Subgerencia del Catastro, en cuyo ámbito radique el inmueble, información relativa a los documentos que hayan generado inscripción registral.





CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- Denominado históricamente entre nosotros Derecho hipotecario, el Derecho inmobiliario registral constituye aquella rama jurídica que se implementa a partir de un órgano específico, el Registro de la Propiedad, y está llamado a disciplinar, de forma integral, la publicidad sobre el estado jurídico de los inmuebles.

- En el panorama general del ordenamiento, la especialidad del Derecho registral inmobiliario se basa en lo siguiente:

  - El fin primario tenido en cuenta para su creación y consolidado a través de las consecuencias, de variado vigor, que se disciplinan en torno a lo publicado.
  - Su unidad de objeto que conforman las que vienen a denominarse «situaciones jurídicas registrales», esto es, las circunstancias inherentes y mínimamente duraderas que afectan a los inmuebles y que no se limitan exclusivamente a los derechos reales.
  - La legislación diferenciada con la que cuenta y el reconocimiento, en su seno, de principios y técnicas de índole desconocida en la esfera común del Derecho, civil o administrativo.
  - La existencia de un ámbito específico, de una jurisdicción propia, entendida esta en el sentido más amplio del término (para nada equiparable a lo judicial), donde mayormente se aplica su normativa.

- El Registro de la Propiedad viene a definirse como una institución jurídica que mediante determinadas oficinas públicas con competencia territorial y que funcionan a cargo de determinados funcionarios calificados sirve para dar noticia de la situación jurídica de las fincas.

- En su consideración como institución, dos serían los fines primordiales del Registro:

  - **Asegurar la propiedad inmueble**, esto es, dotar de confianza a los sujetos que participan en tráfico jurídico inmobiliario.
  - **Ofrecer la posibilidad cierta de conocer el contenido de sus libros**, la realidad jurídica publicada de las fincas.

- Los principios hipotecarios son por tradición los criterios básicos que conforman el sistema de publicidad jurídica inmobiliaria. Se obtienen por inducción del Derecho positivo, por lo que no tienen rango de principios generales del Derecho; no son reglas permanentes, de valor universal, que estén por encima del ordenamiento formulado, sino que son normas de Derecho positivo cambiantes y variables como los mismos medios de que el ordenamiento jurídico puede servirse para la realización de la seguridad del tráfico inmobiliario.

- Por el principio de inscripción o, más propiamente, de oponibilidad, todas las situaciones jurídicas inscritas alcanzarían eficacia jurídico-real, eficacia frente a terceros, sin que estos puedan alegar el desconocimiento de lo publicado, la falta de directa o personal consulta a los libros del Registro para no tener que respetarlas. Lo publicado se presume *iuris et de iure* conocido, afectando a los terceros que no estén inscritos o lo hagan más tarde.

- En virtud del principio de legitimación se presume *iuris tantum* la exactitud del Registro, esto es, que el contenido del Registro refleja fielmente la realidad, en tanto no se declare su inexactitud. En su dimensión procesal, los efectos de la presunción de exactitud en que consiste el principio se despliegan a favor del titular inscrito de distinta forma según actúe como demandante, demandado o tercerista.

- **En calidad de demandante**, el titular inscrito puede ejercitar las acciones reivindicatoria, negatoria o confesoria con solo aportar la correspondiente certificación del Registro. El titular registral, además, se halla legitimado por el hecho de serlo para impetrar su más rápida defensa contra quien, sin título inscrito, se oponga a su derecho o lo perturbe en su ejercicio por el trámite del juicio verbal (art. 41 de la LH). Es la llamada «acción real registral». La naturaleza jurídica de esta acción es muy discutida. En todo caso, cualquiera que sea el criterio sostenido acerca de este procedimiento, presenta un carácter especial, singular y expeditivo, orientado a la protección de los derechos reales inscritos, en tanto que consecuencia de la fuerza legitimadora del Registro de la Propiedad, al presumirse concordantes Registro y realidad, en el sentido de que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, al extremo de que, para contradecir esta concordancia, deberá formularse oposición con base en alguna o algunas de las causas taxativamente contempladas en la ley. En tal sentido, la oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes:



- Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.
- Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito.
- Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción.
- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

Si la pretensión del demandante se estima, se mandará poner fin a la perturbación que se haya ocasionado en el libre ejercicio de su derecho, reintegrándole, como en la reinvindicatoria, en la posesión. Por su carácter sumario, por la tasación del objeto de conocimiento que caracteriza este singular procedimiento, la sentencia carecerá de efectos de cosa juzgada, pudiendo promover cualquiera de las partes el juicio declarativo que corresponda.

Junto a la «acción real registral», el titular inscrito puede, con la sola certificación del Registro, justificar su posesión para presentar el interdicto de retener o recobrar oportuno. Es la consecuencia primordial de la presunción posesoria que incorpora el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El demandado siempre podrá acreditar, obviamente en el mismo expediente, que la posesión alegada no se sostiene en los hechos, que él no pudo despojar al demandante por cuanto a su entrada en el bien el titular regitral no se encontraba poseyéndolo. Al limitarse a ello, la presunción, pues, no soliviantaría ninguna de las reglas propias de los interdictos.

- **En calidad de demandado**, como el titular registral cuenta a su favor con la presunción de existencia y pertenencia del derecho, cualquier acción que lo contradiga debe dirigirse contra él; de otra forma, no cabría registrar el título que, contrario, opuesto al suyo, se hubiera declarado en un procedimiento al cual no hubiera sido convocado.

  En relación con ello, la ley establece que los asientos registrales se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales, máxima de la que surge una suerte de intangibilidad de los asientos despachados que, por principio, no pueden cancelarse de no mediar consentimiento expreso de su titular o mandamiento judicial al respecto. Solo cuando la causa de cancelación sea enteramente objetiva podrá solicitarse la cancelación sin contar ni con habilitación

judicial ni anuencia del perjudicado. Es el caso de todos aquellos derechos vitalicios o nacidos con una duración predeterminada, que en consecuencia se extinguirán por el mero transcurso del tiempo señalado.

- **En calidad de tercerista**, en tercer y último lugar, dispone el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, párrafo tercero, que en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos están inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto a los cuales se suspende el procedimiento. Se consagra de este modo la que conviene en denominarse «tercería registral», que viene a facilitar el sobreseimiento del procedimiento ejecutivo respecto de un bien embargado cuando el demandado en el expediente no es su titular registral. En otro caso, el titular debería instar la pertinente tercería de dominio a sustanciar por los trámites previstos del juicio ordinario.

- Por la fe pública registral, en cuanto principio, se protege al tercero que adquiera a título oneroso confiando precisamente en la exactitud de lo que consta publicado, en que quien le transmite se encuentra plenamente legitimado y no existe vicio o defecto en su título que impida la transmisión.

- El principio de inoponibilidad significa que lo no inscrito no puede afectar a quien ha adquirido emplazamiento registral, a reserva de que se demuestre que conoció del derecho no inscrito por otros medios, y ello, claro está, por exigencias del principio de legitimación, a través del oportuno expediente contradictorio.

- En función del principio de prioridad, quien presenta un título, que luego se inscribe, tiene un derecho preferente sobre todos los demás títulos que al momento de su presentación no consten al menos presentados. Cuando se trata del dominio o de derechos reales que no puedan coexistir sobre una misma finca, la prioridad actúa en sentido excluyente a través del llamado «cierre registral» que provocará el primero en el tiempo sobre el presentado más tarde. En caso de derechos compatibles, la regla se limitará a conferir una posición, un rango preferente al derecho que antes haya acudido al Registro, sin impedir, por tanto, que el posterior se inscriba.



- Con fundamento a su vez en el de legitimación, el principio de tracto sucesivo exige que el acto que pretenda inscribirse derive del titular último inscrito, de tal manera que el Registro refleje las transmisiones en perfecta sucesión. La continuidad, sin interrupción, en la titularidad registral determina que todos los actos relativos a una misma finca consten en el Registro.

  Normalmente, cada título consta inscrito en un asiento independiente. Pero en algunos casos, para evitar inscripciones formularias o transitorias, la ley admite con carácter excepcional que puedan reflejarse en un solo asiento dos o más actos inscribibles por separado. En tales supuestos subsiste la exigencia de la previa inscripción; la particularidad consiste en que no son necesarios asientos independientes para que actúe con plena eficacia el tracto sucesivo. El fenómeno se conoce con el término de tracto comprimido o abreviado.

- En virtud del principio de especialidad se concluye la necesidad de que, en un primer momento, se identifique el cuerpo principal (la finca) sobre el cual hayan de recaer las sucesivas inscripciones, a través del expediente de matriculación o de apertura de folio registral, para, luego, determinar con concreción el tenor y alcance de los actos que, teniéndolo por objeto, hayan de volcarse sobre el folio.

  Es por la esencia del principio que se hace necesaria una estrecha colaboración entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, para que no se superponga, dentro de las competencias propias de cada organismo, la información que brinda cada uno.

- Que el procedimiento registral se inicie, por regla común, a instancia de parte y que no pueda incoarse de oficio por el registrador por más conocimiento que haya adquirido de la situación registrable es de la esencia del principio de rogación. El principio partiría, pues, de la voluntariedad de la inscripción, pero también de la independencia que del registrador se ha estimado desde siempre en nuestro sistema recomendable.

- El principio de legalidad, en sede registral, implica, en primer lugar, la necesidad de titulación o documentación pública para que pueda practicarse una inscripción; en segundo lugar, alude a la labor de calificación, de control que ejerce el registrador, el encargado registral, en cuanto al fondo y la forma del título presentado.

- El principio de publicidad formal, por último, cumple con la segunda finalidad esencial del Registro: el de brindar la posibilidad de conocer efectiva-

mente la realidad jurídica publicada. Existen básicamente dos medios para la manifestación de la información del Registro.

- **La nota simple.** Suele ser el expediente más utilizado en la práctica. Contiene una descripción del inmueble, refiriendo su situación, superficie, anejos, cuota de participación en la propiedad horizontal, régimen administrativo que pudiera afectarlo (si se trata de una vivienda de protección oficial), hipotecas que puedan gravarlo (con expresión de la responsabilidad hipotecaria por principal, intereses y costas, y plazo de duración), embargos, servidumbres, posibles litigios sobre la propiedad, afecciones fiscales y, en general, cualquier circunstancia que lo afecte. Podrá además recoger cualquier otro dato cuya constancia expresamente solicite el interesado.
- **La certificación.** Puede tener un contenido más amplio que el de la nota simple, en cuanto podrá incluir, si así se solicita y se justifica un interés en su conocimiento, la reproducción literal de las inscripciones o información acerca del historial no vigente de la finca. Su virtualidad radica, no obstante, en que se trata del único medio de acreditar fehacientemente el contenido del Registro. Y es que mientras la nota simple tiene un mero valor informativo, no se trata de un documento público. Téngase en cuenta en este sentido, como directamente se nos explica desde la propia página del Colegio de Registradores, que la nota simple tiene un mero valor informativo, pero no se trata de un documento público, ni da fe del contenido de los asientos del Registro. Es un traslado extractado del contenido que figura en los asientos registrales vigentes relativos a una finca. Por lo que para una mayor información cabe solicitar certificación, que hace fe, en juicio y fuera de él, del contenido de los asientos del Registro.

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.



Enunciado 1

¿Qué dos presunciones son esenciales en el marco de nuestra legislación para la consecución de ese primer fin que se asigna a la publicidad registral, el de dotar de mayor seguridad jurídica al tráfico inmobiliario?

Enunciado 2

¿Cuál es la virtualidad práctica de la llamada «acción real registral»?

Enunciado 3

Teniendo en cuenta, como sabemos, que el derecho de hipoteca en nuestro ordenamiento es una de esas contadas excepciones en que la inscripción se establece como constitutiva, ¿podría hipotecarse un bien por quien lo ha adquirido por documento privado?

Enunciado 4

¿A qué se alude con el término «cierre registral»?

Enunciado 5

¿Cuál de los medios de manifestación de los libros del Registro es el apropiado para demostrar en juicio la condición de propietario?

Solución 1

En primer lugar, la presunción absoluta, a la que se refiere el principio de inscripción u oponibilidad, por la cual todos los derechos inscritos se entienden conocidos a partir de su inscripción, siendo oponibles por el hecho de constar inscritos frente a cualquiera que no se encuentre inscrito al momento en que se haya registrado. Y en segundo lugar, la presunción relativa en que se cifra el principio de legitimación, y por la que lo publicado se entiende exacto en tanto en cuanto no se acredite lo contrario.

Solución 2

En función del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la «acción real registral» es la vía sumaria de la que dispone el titular inscrito frente a todo aquel que, sin estar inscrito, se oponga a su derecho o lo perturbe en su ejercicio. Por este medio se podrá obtener en mucho menor tiempo un pronunciamiento favorable similar al que se obtendría en el juicio declarativo común concebido para la protección de los derechos reales, ventaja vinculada directamente con la limitación que se establece en cuanto a los motivos de oposición, de defensa del demandado. Es por ello que la sentencia en este procedimiento no causará efecto de cosa juzgada.

Solución 3

Por más que pudiera formalizarse la hipoteca en escritura pública, en un mercado de crédito evolucionado como es el nuestro no encontrará el propietario quien le financie en tales condiciones, por cuanto la hipoteca no podría, una vez formalizada, inscribirse y, con ello, a la postre, quedar constituida. Sin inscripción, no habría garantía ni privilegio en favor del acreedor hipotecario.

Así las cosas, debería el propietario hacer todo lo posible para elevar a documento público el contrato que justificara su adquisición o, cuando no le resultara posible, obtener el oportuno e inscribible pronunciamiento judicial que lo declare propietario.

Surge, entonces, del supuesto que, por más que la inscripción sea voluntaria, la imposibilidad de hipotecar un inmueble sin pasar por el Registro supondría uno de los factores de mayor influencia práctica para que al final, «en los hechos», sea excepcional que los particulares se abstengan de registrar sus respectivos títulos.



Solución 4

A la norma que, establecida en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, impide que se inscriban o anoten títulos de contenido incompatible con el de los inscritos o presentados con fecha anterior, siempre que estos, los simplemente presentados, lleguen tras su calificación a inscribirse.

Solución 5

Ninguno de los beneficios procesales conferidos por la legitimación registral podrá disfrutarse, sea como demandante, demandado o a los efectos de presentar la oportuna tercería, si no se aporta el oportuno certificado registral. La nota simple informativa no basta, pues no da fe del contenido de los asientos del Registro.



EJERCICIOS VOLUNTARIOS

Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:

Enunciado 1

En el año 2000 se constituye servidumbre de paso sobre un predio. La escritura no se presenta a inscripción.

En 2003 el titular del fundo gravado lo transmite a tercero, haciéndose la pertinente inscripción en el folio de la finca.

En 2007 el titular de la servidumbre presenta aquella primera escritura a inscripción.

El registrador deniega el asiento.

En el recurso que interpone el solicitante contra la calificación negativa del registrador alega que debe procederse a la inscripción: en primer lugar, porque los propietarios registrales de la finca al tiempo de formalizarse la escritura constitutiva de la servidumbre eran quienes la autorizaran en ese título; y en segundo lugar, porque al tratarse de una servidumbre aparente resultaría un derecho oponible al tercero que hubiera adquirido la finca estando pendiente el gravamen de inscripción.

¿Prosperaría el recurso planteado? ¿Qué principios registrales se encontrarían implicados en el supuesto?

Enunciado 2

En documento privado, Juan compra un inmueble propiedad de Pedro. En el título se hace constar que ya se ha hecho entrega del bien, no obstante pactarse que el contrato no será elevado a escritura pública hasta que Juan abone el saldo del precio que se compromete a ir pagando durante los próximos cinco años.

A los tres años, y habiendo Juan cumplido hasta la fecha con la obligación a su cargo, llega al Registro una anotación de embargo en juicio ejecutivo seguido contra Pedro.

¿Quedará Juan comprometido a resultas del embargo?

Enunciado 3

En mandamiento dictado en ejecución de un juicio declarativo en el que recayó sentencia firme de resolución de un contrato de compraventa de una plaza de garaje, contrato en el que se estipuló el aplazamiento de pago y se garantizó el mismo con condición resolutoria explícita debidamente inscrita, se ordena la reinscripción a favor del vendedor y la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa del comprador.

Presentado el mandamiento en el Registro, se da la circunstancia de que se encuentran vigentes en el folio del inmueble varias anotaciones de embargo contra el comprador, anotaciones de fecha anterior a la anotación de la demanda de resolución y cuyos titulares no habrían intervenido en aquel juicio.

El registrador practica la cancelación de las anotaciones de embargo con base en el principio de prioridad.

¿Actuó correctamente el registrador al cancelar las anotaciones de embargo?



Solución 1

El recurso no podría prosperar. En su Resolución de 21 de agosto de 2009, la Dirección General de los Registros y del Notariado se habría ocupado exactamente del supuesto. A su juicio, la calificación del registrador en el supuesto sería ajustada a Derecho, por virtud del principio de prioridad, «ya que, habiendo tenido acceso al Registro un acto dispositivo por el que el titular transmite su dominio, no pueden tener acceso actos (aunque sean anteriores) otorgados por el titular anterior (*cfr.* art. 17 de la LH)».

En cuanto al segundo motivo alegado por el recurrente, relativo a la condición aparente de la servidumbre en cuestión, el argumento de que las servidumbres aparentes tienen efecto contra tercero, aunque no estén inscritas, no tendría mayor repercusión para producir la inscripción, pues ello podría «ser tenido en cuenta en el caso de un juicio, pero es indiferente a los efectos de lograr la inscripción».

Solución 2

Según el breve relato de hechos, Juan ha llegado a ser propietario del inmueble, por más que no pueda inscribir su derecho por el momento. «Registralmente», el embargo le sería, con todo, oponible. Ante ello, debería Juan accionar al objeto de que se levante el embargo y como consecuencia se ordene la cancelación de la pertinente anotación en el Registro.

En la legislación, el trámite idóneo sería el de la tercería de dominio, a desarrollar por el trámite del juicio ordinario ante el tribunal que conozca del procedimiento donde el embargo se haya adoptado.

En su seno, y ante la falta de documento público, Juan tendrá que probar, de modo que no existan dudas sobre la realidad de la transmisión realizada, que la tradición operó efectivamente a su favor antes del embargo, presupuesto inexcusable, se reitera por la jurisprudencia, para el éxito de su pretensión. De no lograrlo, no podrá evitar que, como consecuencia del procedimiento ejecutivo, el bien se subaste, pasando a manos de un tercero, quien habrá de adquirir el bien como si realmente Pedro no se lo hubiera transmitido.

Solución 3

En el supuesto no solo está implicado el principio de prioridad, sino también el de legitimación, pues se ha de decidir si la sentencia declarativa es por sí sola suficiente

para cancelar los asientos posteriores a la inscripción del comprador y a favor de personas que traen causa de este aunque extendidos antes de anotarse en el Registro la demanda de resolución.

Visto así, la Dirección General se habría despachado sobre el supuesto afirmando lo siguiente:

> «Es cierto que con la denominada condición resolutoria explícita y con su inscripción se pretende conferir eficacia real a la eventual acción resolutoria del contrato de compra por impago del precio aplazado (acción que de otro modo quedaría limitada a la esfera puramente personal de los contratantes) y evitar la aparición de terceros que por reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria harían inoperante ese juego resolutorio. Ahora bien de aquí no se sigue sin más que la sentencia declarativa de la resolución de la compraventa, dictada en pleito entablado solo contra el comprador permita la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último. Si se tiene en cuenta:
>
> a) Que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes.
>
> b) Que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho.
>
> c) Que es exigencia constitucional la de la protección jurisdiccional de los derechos.
>
> d) Que se trata de anotaciones extendidas antes de la anotación de la demanda.
>
> e) Que los titulares de tales anotaciones no solo pueden sino que deben ser traídos al procedimiento de resolución, para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a ser cumplidos todos los presupuestos de la resolución (devolución de cantidades, etc.) [...]».

Todas ellas serían «consideraciones tales que conducen al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores basta con que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado, y que con su intervención o silencio aseguren que se cumplen todos los presupuestos para la resolución» (Resolución de 15 de noviembre de 2005; *vid.*, asimismo, las Resoluciones de 28 de mayo de 1992, 19 de noviembre de 1996 y 24 de febrero de 1998).

En consecuencia, el registrador no habría actuado correctamente al cancelar los asientos correspondientes a tales anotaciones.





REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

CHICO Y ORTIZ, J. M.ª: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tt. I y II, Madrid, Civitas, 1988 y 1993.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «El principio de especialidad registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, págs. 2.389 y ss.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario. Orígenes, sistemas y fuentes*, Madrid, Imprenta de Estanislao Maestre, 1924.

— *Principios hipotecarios*, Madrid, Asociación de Registradores de la Propiedad, 1931.

— *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1948.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Derecho inmobiliario registral*, t. III bis, Barcelona, Bosch, 1984.

ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch (varios tomos y ediciones).

SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tt. I y II, Madrid, Reus, 1947 y 1953.

En la red

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «La inoponibilidad», ponencia presentada en el Seminario Permanente Nulidad, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con fecha 19 de abril de 2007, en http://www.codigo-civil.org/nulidad/.

RAJOY BREY, E.: «Los principios registrales de modernidad y su aplicación en el marco del Derecho comparado», en www.conafovi.gob.mx/suelo/Principios_Registrales-Derecho_Comparado.pdf.

Avanzada

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Derecho inmobiliario registral*, Granada, Comares, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

HERNÁNDEZ GIL, F.: *Introducción al Derecho hipotecario*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.

MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª del M.: *Instituciones de Derecho registral inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.

PAU PEDRÓN, A.: *Manual de Derecho registral inmobiliario*, Madrid, Fundación para la Formación de Altos Profesionales, 1996.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.

UNIDAD DIDÁCTICA

7 EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. El juego de la inscripción en el proceso traslativo de los derechos reales
2. La fe pública registral
    - 2.1. Concepto
    - 2.2. Presupuestos
    - 2.3. La buena fe
        - 2.3.1. Noción y contenido
        - 2.3.2. Momento
    - 2.4. Efectos
    - 2.5. Límites
3. La inoponibilidad registral
4. La ineficacia convalidante de la inscripción
5. La salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales
6. La usucapión y el Registro de la Propiedad
    - 6.1. La usucapión a favor del titular inscrito (usucapión secundum tabulas)
    - 6.2. La usucapión contra el titular registral (usucapión contra tabulas)
    - 6.3. La usucapión liberatoria
7. La prescripción extintiva frente al Registro de la Propiedad



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

En esta Unidad didáctica se analizan los efectos que la inscripción genera respecto del derecho inscrito en nuestro ordenamiento inmobiliario. Introducida la cuestión en la Unidad anterior, el análisis no puede reducirse a la explicación de la fe pública registral y sus presupuestos, ya que la protección registral no se limita en torno al tercero, al que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Debe incluirse también al tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, así como el resto de cuestiones que, como la ineficacia convalidante de la inscripción o la salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, aclaran el panorama en su conjunto.

La Unidad se cierra con el tratamiento de las relaciones entre la usucapión y el Registro, en cuanto, en el supuesto más conflictivo, se hace preciso determinar de qué modo podrá imponerse la posesión continuada que aquella significa frente a los pronunciamientos registrales.



1. EL JUEGO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL PROCESO TRASLATIVO DE LOS DERECHOS REALES

Sabida es la existencia de tres sistemas-tipo para la transmisión del dominio y los demás derechos reales: el consensualista francés, el abstracto alemán y el romano anclado en la teoría del título y modo. Nuestro ordenamiento se acoge a este último tratándose de la adquisición de derechos reales por causa onerosa.

Por un lado, nuestro sistema establece la necesidad de contar con un título suficiente, en el sentido de que sea apto (compraventa, permuta, etc.) para que opere la transferencia. Por otro, se dispone que no se adquiera derecho real alguno sobre la cosa hasta que se entregue al interesado (*cfr.* art. 1.095 del CC).

Este sistema del título y modo, siendo común, se complementa con algunas reglas específicas. Así, se admiten las excepciones clásicas de la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*, al igual que la tradición instrumental para los inmuebles y la consensual para los muebles, en ambos casos siempre que el *tradens* esté en posesión, al menos mediata, del bien.

Dentro de este panorama debe valorarse el papel que cumple la inscripción; en otras palabras, cómo ha de conciliarse la inscripción con el título y el modo.

Por lo que específicamente respecta al título, la legislación hipotecaria avanza sobre la civil en cuanto solo permitirá la modificación de la situación jurídica publicada o a publicar si el título se encuentra instrumentado en documento público.

Con respecto al modo, el asunto merece un mayor análisis, en cuanto la investidura posesoria en la persona del adquirente también vendría a constituir fuente, algo más precaria, menos perfecta o evolucionada, es cierto, pero fuente posible al fin, para la oponibilidad del derecho pretendido. Existiría, por tanto, un cierto solapamiento entre ambas fórmulas que plantearía seculares problemas en la práctica.

EJEMPLO 1

La oponibilidad de las servidumbres aparentes o la cuestión de quién ha de prevalecer entre dos compradores si el titular registral entrega a uno la posesión y el otro inscribe su título serían dos manifestaciones paradigmáticas.

Ciertamente, el ordenamiento, al incorporar la institución registral, se habría decantado por ella para dotar de mayor seguridad a la contratación inmobiliaria, pero no al extremo de prescindir del modo, del fenómeno posesorio.

Precisiones

El fundamento de ello radica en la propia noción de derecho real a partir de la inmediación del poder que atribuye sobre la cosa. Sirvan las palabras de Gordillo sobre el tema:

> «La posesión realiza, por sí misma y naturalmente, una duplicidad de funciones, de las cuales solo una, exclusiva de la posesión y ajena, de suyo, a la publicidad, es la que la convierte en exigencia indispensable o constitutiva de la adquisición del derecho real. Nos referimos, obviamente, al significado de la posesión como realizadora de la inmediación del poder del titular en la cosa, y a su función exteriorizadora *erga omnes* de dicho poder. La posesión es intrínsecamente necesaria para la adquisición del derecho real, mobiliario o inmobiliario, porque sin ella no se da la inmediación del poder que caracteriza a tal derecho. No ocurre igual, desde este punto de vista, con la publicidad, que, sin implicar por sí misma inmediación de poder, se limita a cumplir artificialmente la función manifestadora que la posesión desempeña naturalmente. En relación con los bienes muebles, como es bien sabido, la posesión cumple, ella sola, las dos funciones indicadas: marca el inicio del derecho en la cosa, y, desde entonces, manifiesta *erga omnes* su existencia. En relación con los inmuebles se considera que la posesión pierde gran parte de su elocuencia manifestadora [recuérdese lo expresado en el epígrafe 2.2 de la Unidad anterior, en el cuadro de precisiones donde se cita a D. Jerónimo González] y, siendo aquí más hacedera la publicidad registral, se confía al Registro la función de hacer artificialmente cognoscibles por todos las situaciones jurídicas existentes. He aquí cómo en

.../...



.../...

> este aspecto, pero solo en él, la publicidad suple a la posesión; pero es, justamente, el aspecto que, por sí solo, no da razón, ni aun en la posesión, de la mutación jurídico-real: esta se produce cuando se adquiere el poder inmediato en la cosa, que naturalmente es secuela de la adquisición de su posesión. La posesión es elemento intrínseco de la adquisición del derecho real; desde que ella se produce la mutación se ha producido, obviamente *inter partes*, pero también frente a quienes, por ella o sin ella, tengan conocimiento de la transmisión. No puede decirse lo mismo de la publicidad registral, que, orientada a manifestar a terceros lo ya ocurrido *inter partes*, ni implica por sí sola ni produce ella misma la inmediación del poder que caracteriza al derecho real. Sin posesión no hay derecho real; sin publicidad puede haberlo».

De tal manera que sin modo, el derecho real no se habrá perfeccionado aunque conste publicado; su asiento obligará, eso sí, a quien esté interesado en impugnar la titularidad publicada a probar en el oportuno expediente judicial y declarativo que no se ha cumplido con la tradición, siquiera en alguna de sus variantes ficticias o espiritualizadas.

Quizás para evitar tales consecuencias, la doctrina, dando un paso más, se ha planteado si la tradición es o no requisito previo a la inscripción, es decir, si no sería conveniente acreditar el cumplimiento del modo al presentar el título correspondiente en el Registro.

Roca Sastre mantiene así que la tradición ha de resultar de la titulación presentada para su inscripción; en el Registro no se daría noticia del título o negocio con finalidad traslativa, sino de la entera transferencia. En su opinión, una cosa sería que la tradición resulte facilitada por la vía del artículo 1.462 del Código Civil y otra que la misma no sea necesaria, de tal forma que si falta, si en la escritura pública se hace constar alguna salvedad u obstáculo para que opere la tradición instrumental, el registrador debe denegar la inscripción.

Sin embargo, para inscribir no es necesario justificar la tradición. El Registro no controla –ni puede, pues carece de medios para ello–, si en verdad ha operado el traspaso posesorio. Téngase en cuenta que el registrador examina, califica títulos, estando fuera de sus funciones comprobar cuestiones fácticas. En los casos en que se hallara publicado un título de dominio y a su titular todavía no se le hubiera puesto en posesión del inmueble, el asiento estaría publicando un derecho real *in fieri*, todavía, por ello, personal, en tanto en cuanto la tradición no se realice. Por virtud del principio registral de

legitimación, el titular de ese derecho publicado, pero, como se dice, imperfecto, gozaría de todos los beneficios consecuentes a su inscripción, en tanto no se impugne en su aparente rectitud el asiento.

La cuestión se agudiza cuando de la correspondiente escritura pública surge que la entrega de la posesión se pacta diferida, excluyendo las partes en su aplicación el artículo 1.462 del Código Civil. En el caso, al constar en el clausulado del documento pareciera habilitarse el control del Registro sobre el presupuesto ya no faltante sino excluido, de momento, por las partes. Sin embargo, aun en estos casos, no sería muy congruente la calificación registral sobre el extremo cuando la posesión está, por su intrínseca materialidad, excluida del Registro como hecho inscribible (art. 5 de la LH) y de ahí, con mayor razón, calificable. El nuestro, recordando la célebre expresión de Sanz Fernández, se trataría de un Registro «de títulos», en cuanto lo que en él se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos o contratos que le sirven de causa. Tan solo cuando la inscripción se prescriba como constitutiva, el Registro pasaría a ser «de derechos», ocurriendo con todo que el supuesto más común, el de la hipoteca, prescindiría en su esencia, y como sabemos, del traspaso posesorio.

2. LA FE PÚBLICA REGISTRAL

2.1. CONCEPTO

En virtud del principio de **fe pública registral**, el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso de un titular inscrito, pone a salvo su adquisición de los defectos que luego puedan comprobarse respecto del título de su transmitente. Es el principio registral que pone a salvo la adquisición del titular inscrito de los posibles defectos del título de su transmitente, obviamente inscrito.

Como se diría en la exposición de motivos de la reforma hipotecaria de 1944, la presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar, por sí sola, el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones resultarían incontrovertibles. Por ello, la fe pública permitiría al Registro cumplir su fin esencial: dar completa seguridad al interesado. En aras de esta seguridad, y como consecuencia, el contenido del Registro no solo se presumiría exacto, sino que lo sería, en beneficio del tercero que adquiera según las circunstancias previstas por la ley.



El principio de fe pública está formulado, como sabemos, en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, completado, entre otros, por los artículos 29, 31, 37, 40, 76 y 220 de la Ley Hipotecaria. A tenor de este articulado, el tercero adquirirá el derecho publicado con la misma extensión y contenido que consta en el Registro, y queda a salvo de las acciones que pudieran hacerse efectivas frente a él según las normas del Derecho común (acciones de nulidad, rescisorias, resolutorias y otras), a reserva, claro está, de aquellas cuya causa conste publicada al tiempo de que el tercero presente su título.

2.2. PRESUPUESTOS

Para que el titular registral obtenga la protección derivada del principio de fe pública, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- **Que adquiera a título oneroso.** La fe pública no ampara directamente a los adquirentes a título gratuito. Estos no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transmitente (art. 34, párr. 3.º, de la LH).

EJEMPLO 2

Pedro vende a Juan, quien dona a Santiago, constando inscritas las tres sucesivas titularidades. Si el título de Pedro se demostrara nulo, Santiago, para evitar que prosperase la acción impetrada contra él por el verdadero propietario, debería demostrar que Juan cumplía con los requisitos para ser considerado tercero hipotecario.

- **De buena fe.** Elemento que consiste en la ignorancia de la inexactitud registral, de las causas que de esta puedan declararse en adelante. Es de tal importancia este requisito para la actuación de la fe pública que requiere de su estudio pormenorizado.
- **De titular registral.** Para que al tercero le ampare la fe pública es indispensable la previa inscripción del derecho del transmitente. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige que el acto o contrato se haya otorgado «por persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo». De donde resulta que la fe pública registral no ampara a los titulares de inscripciones

de inmatriculación. Es presupuesto necesario la existencia previa de una inscripción; solo así puede adquirirse confiando en los datos del Registro.

Como se dice, el tercero debe haber adquirido su derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, o sea, de un titular inscrito cuyas facultades dispositivas no aparezcan limitadas según los asientos hipotecarios. Al respecto, téngase en cuenta que el adquirente, dice Díez-Picazo, no queda protegido únicamente en virtud de lo que consta de la última inscripción o inscripción vigente. Si las circunstancias que limitan o excluyen el derecho del disponente se encuentran en el folio de la finca, en un asiento anterior, son eficaces frente al adquirente aun cuando no se encuentren en la última inscripción. Por supuesto, los asientos extinguidos por cancelación o caducidad no deben ser tenidos en cuenta, como ha reconocido el Tribunal Supremo.

Precisiones

Pero no es esencial que el tercero haya consultado el Registro antes de contratar para quedar protegido, con tal de que contrate a la postre con quien según el Registro estaba legitimado, y de los asientos registrales no se constate al tiempo ninguna circunstancia que pudiera enervar su buena fe.

- **Que el tercero, a su vez, haya inscrito su título.** De ahí que el adquirente de un titular inscrito que no inscribe su título no esté protegido por la fe pública registral.

  El tercer adquirente únicamente será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho, o sea, una vez se haya convertido en titular registral. Es, por tanto, necesario para la protección de la fe pública que inscriba su adquisición. «El Registro ayuda al que se ayuda», se dice gráficamente sobre el particular.

  La inscripción de la que deriva la protección al tercero se debe entender en el sentido amplio de la palabra, teniéndose por cumplida una vez se extienda el pertinente asiento de presentación, con tal de que luego, en cumplimiento de los trámites y plazos propios del procedimiento registral, el título del tercero favorecido logre su inscripción definitiva.



2.3. LA BUENA FE

El tercero es protegido en la medida en que ha contratado con el titular registral confiando en que es el verdadero titular del derecho, que la titularidad real coincide con la tabular y no pende sobre ella ninguna circunstancia de la que proceda su invalidez o ineficacia que no conste publicada.

2.3.1. Noción y contenido

El concepto de buena fe, en sentido positivo, resulta del artículo 1.950 del Código Civil, por el cual «la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio». Y en sentido negativo, del artículo 433 del mismo cuerpo legal, en cuanto «se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide».

Aplicando estos conceptos al entorno en que nos movemos, podemos afirmar que la buena fe consiste, primero, en la creencia de que el titular registral es el verdadero titular y que tiene, por lo tanto, pleno poder de disposición, y segundo, en la ignorancia de posibles inexactitudes en el contenido del Registro.

Según La Rica, al titular registral le basta haber creído honradamente, al negociar, que el Registro expresaba la verdad. La diligencia que se exigiría al tercero hipotecario sería la encaminada exclusivamente a conocer el contenido del Registro, pues otra cosa equivaldría a minar la credibilidad de la institución registral convirtiéndola en objeto de permanente desconfianza.

Por el contrario, Vallet de Goytisolo cree que se exige «cierta obligación de diligencia» para ser considerado de buena fe. Justifica su postura en el dato de que, con arreglo al artículo 36 de la Ley Hipotecaria (en materia de usucapión contra tabulas), para probar la mala fe de un adquirente hay que demostrar que tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer la verdadera situación posesoria de la finca. Lacruz opina del mismo modo, en el entendimiento de que la regulación del artículo 36 de la Ley Hipotecaria no puede dejar de influir en el contenido del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues no hay razón para que tenga un trato de favor quien ha adquirido del titular registral no estando la finca poseída por un tercero usucapiente. Según esta segunda visión, la buena fe registral no se limitaría a la previa y simple consulta del Registro.

Precisiones

Aunque a la usucapión *contra tabulas* dedicaremos el epígrafe 6.2 de la presente Unidad, se debe anticipar ahora, para la comprensión del argumento que se termina de destacar, cómo el artículo 36 de la Ley Hipotecaria añade, en cuanto requisito para que el tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria pueda quedar a salvo asimismo de la usucapión que se haya consumado sobre la finca con anterioridad a su inscripción (inscripción de la del tercero hipotecario, entiéndase), que no se demuestre «que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente».

La previsión del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, conforme a esa opinión de Vallet y Lacruz, entre otros, vendría, pues, a completar en su más acabado sentido la noción, consecuentemente unívoca, de la buena fe registral.

El Tribunal Supremo, por su parte, tiene resuelto que el concepto de buena fe en materia de propiedad y derechos reales (y, por ende, para la aplicación de la protección de la fe pública registral que reconoce el art. 34 de la LH al titular inscrito) «consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio, y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatarios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente» (SS, entre otras, de 19 de julio de 1989 y 22 de diciembre de 2000).

Sin embargo, más importante se muestra el Plenario de 7 de septiembre de 2007, de la misma Sala de lo Civil, el cual, tratando de resolver sobre un supuesto de doble venta, no habría estimado la condición de buena fe en una entidad financiera que había adquirido en escritura pública, luego inscrita, varias viviendas vendidas anteriormente por el mismo vendedor, en documento privado, a diferentes personas que ocupaban las fincas como dueñas. La regla del artículo 1.473 del Código Civil, que en su objetiva literalidad otorga la propiedad al comprador que hubiera inscrito, no lo sería al punto de refrendar la injusticia de concederla a quien con la simple constatación personal de la finca se hubiera anoticiado de la consolidada ocupación de los bienes por terceros.

Así las cosas, el contenido de la buena fe exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no se acotaría a la publicidad registral, no tendría un significado puramente ta-



bular. No se basa únicamente en un *no conocer*, sino en un cierto *hacer por no conocer* (componente activo), consistente en una actividad de diligencia material y complementaria de la información que le brinde el Registro, actividad limitada, eso sí, a la verificación elemental de la finca «sobre el terreno». En todo caso, si la realidad posesoria en torno a la finca fuera equívoca o no diera previsible noticia de la existencia de situaciones incompatibles con la de su transmitente, la condición de buena fe del tercero habría de quedar a salvo, incluso cuando no hubiera realizado trámite de verificación alguno sobre la finca, pues de haberlo hecho, de nada se hubiera anoticiado. Hasta en las recomendaciones oficiosas que el Colegio de Registradores ofrece para la compra de una vivienda, se indica que «la apreciación personal del estado físico del inmueble es ineludible para asegurarse de que coincide con lo informado y con nuestras necesidades y pretensiones».

Precisiones

Por tanto, la mala fe no solo consistiría «en el conocimiento de que la titularidad corresponde a otra persona distinta de la registral, sino también en la posibilidad de tal conocimiento y, a la inversa, la buena fe no solo significa el desconocimiento total, sino también carecer de la posibilidad de conocer la exactitud del Registro» (STS 1364/2007, de 20 de diciembre).

2.3.2. Momento

Sobre el momento en que la buena fe debe existir, son factibles, dado el modelo adquisitivo que se sigue para los derechos reales en nuestro ordenamiento, tres opciones: la del momento en que se instrumenta el negocio adquisitivo, la del momento de la tradición o cumplimiento del modo, o la del momento en que se inscribe, mejor dicho, se presenta en el Registro el título inscribible.

De las tres alternativas, y aunque cierta doctrina y jurisprudencia se ha decantado por el momento en que concurren título y modo (partiendo de la ficción de simultaneidad que representa la tradición instrumental del art. 1.462 del CC), se ha de estimar más correcto quedarse con el instante en que se instrumenta el título inscribible o, incluso, a uno anterior con tal de que en él se haya comenzado a dar principio de ejecución a lo acordado y el tercero no pudiera desligarse sin una sustancial pérdida económica por su parte. En consecuencia, no gozaría de protección, no quedaría protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quien hubiera tenido la oportunidad de evitar (por ejemplo, no contratando) el perjuicio del que estaría llamado a ponerle a salvo la fe pública registral.

Exigir, en cambio, que la buena fe se mantenga hasta el momento de la inscripción constituiría una imposición desmedida e incontrolable por el tercero, por cuanto es antes de contratar, antes de acometer, siquiera en una parte, el desembolso patrimonial vinculado a la transacción, cuando muestra toda su utilidad informarse del Registro.

2.4. EFECTOS

La fundamental consecuencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es la protección que dispensa al titular registral que reúne los requisitos que exige el precepto. Esta protección consiste en ser mantenido en la adquisición haciendo inatacable su derecho. El contenido del Registro será verdad inatacable para él en correspondencia a la confianza puesta en sus libros.

Se trata de una protección de la apariencia que impide que la ilegalidad de un acto dispositivo realizado por una persona que carece de poder de disposición pueda tener efectos perjudiciales contra un tercero protegido por el principio de fe pública. De tal suerte, el «verdadero» titular se verá «desprovisto» de su derecho, al mismo tiempo de producirse una adquisición *a non domino* por ministerio legal en favor del tercero.

El tercero adquiere el derecho con la misma extensión y las mismas limitaciones consignadas en el Registro, y ello aunque después se anule o resuelva el derecho del transmitente por virtud de causas que no consten en el Registro.

Dice en este sentido el artículo 37 de la Ley Hipotecaria que «las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido» en tal ley. Exceptuándose no obstante de la regla:

- Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.
- Las acciones de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

Precisiones

Respecto de ambos puntos, se puede comprobar que no se trata más que de una aplicación de las reglas de oponibilidad o inoponibilidad según el lado desde que se vean: si la causa de turno está referida en el Registro, no podrá ser desconocida por el tercero; si no consta, no quedaría afectado por circunstancia de invalidez o ineficacia de que se trate.



- Las acciones de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen.
- Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:
  - Cuando hubiese adquirido por título gratuito.
  - Cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude.

  En ambos casos, no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta.

Para el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, el precepto termina por recordar lo que es obvio: que siempre podrán ejercitarse entre las partes las acciones personales que correspondan.

2.5. LÍMITES

En su alcance, la fe pública registral solo se extiende a la situación jurídica de las fincas, es decir, a la existencia, contenido y titularidad de los derechos reales inmobiliarios inscribibles. En consecuencia, quedan fuera de su ámbito:

- **Los datos físicos o de hecho, como son los relativos a la existencia material de la finca, extensión, linderos, naturaleza, situación, etc.** Como tiene dicho el Tribunal Supremo, «las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de la Propiedad de un modo inexacto o incompleto no producen inexactitud de este sentido técnico, por no alcanzarle la fe pública del Registro, que solo se refiere a las indicaciones relativas a los derechos reales, a lo jurídico, pero no a las noticias sobre cabida, situación, construcción y naturaleza de la finca, datos puramente materiales cuya falsedad no puede convalidarse por medio de una norma jurídica en favor de personas determinadas. La fe pública podrá, por una ficción, hacer transmitir un derecho de un no titular del mismo, y dar por existente lo que en la realidad jurídica no existe, pero el legislador no puede, por la sola fuerza de la ley, crear de la nada un área de terreno, fingir un edificio donde solo hay un solar, etc.».

- **Los datos relativos al estado civil y capacidad de los otorgantes.** Y es que, como resulta comprensible, el Registro de la Propiedad, aunque se sirve y necesita de tales datos para el cumplimiento exacto de sus fines, no es el órgano oficial específicamente encargado de la publicidad acerca del estado civil de las personas.

Que las materias reseñadas queden fuera del ámbito de la fe pública registral significa que, aunque el tercero cumpla con todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no podrá adquirir, por ejemplo, más metros cuadrados de los que realmente tenga la finca adquirida, sin que la declaración del Registro pueda atribuirle algo que en la realidad física de los sentidos no existe.

3. LA INOPONIBILIDAD REGISTRAL

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es el único tercero al que se refiere y protege la legislación hipotecaria. Hay otro tercero que, sin cumplir con todos los requisitos que para aquel se disponen, puede quedar protegido por el Registro. Es el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

En efecto, mientras que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria protege contra la anulación o resolución del derecho del otorgante por causas que no resulten referidas en el Registro, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria protege a cualquiera que inscriba contra los títulos autorizados por quien haya transmitido al tercero o un titular anterior, mientras no se hayan registrado; se trata del sistema de protección que se manifiesta también en el artículo 1.473 del Código Civil, por el cual, si una cosa inmueble llega a venderse a diferentes compradores, «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro».

Asimismo, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria protegería a los adquirentes que no hubieran contratado con un titular registral al ser ellos quienes llegan originariamente al Registro, o sea, a aquellos cuyo asiento no se apoya sobre otro asiento anterior, ya sea porque la finca no estuviera inmatriculada o porque se hubiera interrumpido el tracto sucesivo.

De los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el primero, el de adquirir de titular inscrito, no sería, por tanto, imprescindible. Como tampoco se requiere, para ampararse en la regla de la inoponibilidad, que se adquiera a título oneroso; por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria también las adquisiciones gratuitas quedarían amparadas frente a esos derechos inscribibles pero no inscritos.



En cambio, la inscripción del título del favorecido sería esencial para la protección, así como la buena fe del sujeto, por más que esta haya de presumirse en los mismos términos aquí ya enunciados. Es así que en función de esa misma doctrina, el titular del derecho no publicado podría lograr su inscripción posterior si obtuviera declaración judicial a partir de la demostración de que el tercero inscrito conocía al tiempo de la adquisición operada antes a su favor pero no registrada.

Complementando lo dicho, la inoponibilidad registral encontraría tres límites consustanciales, referentes a lo siguiente:

- Aquellos **derechos personales** declarados expresamente oponibles en la ley.

EJEMPLO 3

El derecho de retorno arrendaticio, cuya inscripción se prevé en el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, podría parecer un buen ejemplo. Sin embargo, este derecho, aunque reconocido con un carácter general en la Ley de Arrendamientos, no perjudicará a terceros, si no se ha hecho constar, a instancia del interesado, al margen de la inscripción del dominio de la finca que se reedifique. Recuérdese que el derecho de retorno consiste en el realojamiento que se prevé a favor del ocupante legal de un inmueble, o parte de él, que, constituyendo sede de su residencia habitual, haya tenido que desalojarlo ante su reedificación.

En cuanto al arrendamiento, es verdad que su inscripción también se prevé como posible, pero su falta de registración no puede entenderse al extremo de vetar la oponibilidad que durante los plazos legales se establece frente a eventuales adquirentes del inmueble.

- **Las cargas y limitaciones legales impuestas a la propiedad y demás derechos reales.** Y es que todas las limitaciones impuestas por la ley en interés general o particular, conexas al derecho de propiedad u otro derecho real, quedan al margen de la regla del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, aunque no consten en el Registro (*cfr.* arts. 26.1.º y 37.3.º de la LH).

EJEMPLO 4

Precisamente, el retracto legal entre comuneros sería una de sus más expresivas manifestaciones. También la afección relativa a las cantidades adeudadas a la comunidad por el anterior propietario en el régimen de la propiedad horizontal.

- **Los derechos reales patentes.** Esto es, aquellos derechos que puedan ser conocidos con independencia de los pronunciamientos registrales con base en lo aquí ya advertido sobre la buena o mala fe «a los efectos registrales». La notoriedad de estos derechos hace que queden excluidos.

EJEMPLO 5

Manifestación típica la constituirían las servidumbres aparentes, entre las cuales cabe citar la de acueducto. Su ignorancia, aun real y verdadera, dice Lacruz, sería inexcusable. Es decir, que tales servidumbres, al darse a conocer por su apariencia, no precisarían de otra publicidad; frente al tercer adquirente es como si estuvieran inscritas, aunque nada se opondría, naturalmente, a que pese a sus naturales efectos se inscriban.

4. LA INEFICACIA CONVALIDANTE DE LA INSCRIPCIÓN

El artículo 33 de la Ley Hipotecaria señala la regla básica de que la sola inscripción no puede salvar los vicios que incorpore el respectivo título. «La inscripción –establece– no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Esto significa que el Registro no tiene la virtud de convertir lo que es nulo o anulable en válido. Pese a encontrarse publicado y, por tanto, contar con eficacia frente a terceros, cabría impugnar judicialmente el título. La sentencia que se emitiera, luego de proclamar esa nulidad, mandaría la cancelación del asiento oportuno.

EJEMPLO 6

Se formaliza escritura de compraventa en la cual Pedro es vendedor y Juan comprador. Si la compraventa es simulada por encubrir la garantía que Juan le ha exigido a Pedro para concederle un crédito (en función de lo visto en la Unidad 1 sobre la venta en garantía), el hecho de que figure inscrita ni subsanará ni impedirá que se declare la nulidad del negocio ulteriormente, practicando la cancelación del acto dispositivo publicado en favor de Juan, el acreedor.



Para comprender la importancia de la regla de la no convalidación ha de tenerse en cuenta que el registrador no goza de ilimitadas facultades de investigación sobre el contenido y legalidad de cada documento que se le presenta. Junto con otras cuestiones como su correspondencia con los asientos ya existentes o el respeto a las formalidades exigidas legalmente, lo único que podrá controlar serán aquellos aspectos que, siendo susceptibles de provocar la nulidad del título, se le manifiesten directamente. Quedarían al margen de su examen las demás causales que, como el error, la violencia, el dolo o la intimidación, no pudieran cotejarse por la misma prueba que constituye el documento.

Por otra parte, la nulidad del título inscrito no se transmite a su asiento. El asiento será válido y eficaz, siempre que se haya cumplido con el conjunto de recaudos sustantivos y procedimentales que para su práctica se prescriben. Sin embargo, será inexacto, por no ajustarse a la realidad de la cosas, realidad donde el título no cuenta con la eficacia que a su favor le concede el Registro. Por supuesto, esto nos lleva a dar el siguiente paso en la lógica de nuestras argumentaciones: determinar las consecuencias de esa aparente validez frente a quienes hayan accedido a los libros registrales y confiado en el asiento normalmente válido pero inexacto. Cuando se declare la nulidad del acto o contrato publicado, ¿qué sucederá con las personas que hubieran adquirido e inscrito un derecho de quien por su asiento constaba como titular legítimo? ¿Cómo habría de repercutirles la nulidad declarada del título de este? ¿Conservarían su asiento o debería ser cancelado?

Las cuestiones anteriores se resuelven con base al principio de fe pública registral. En este sentido, la falta de efectos convalidantes de la inscripción se da respecto de las partes del título nulo, así como de sus sucesores que no tengan la condición de terceros hipotecarios. De modo que cuando se declare la nulidad de un anterior título inscrito, ello no perjudicará al tercero protegido con arreglo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

EJEMPLO 7

Siguiendo con el ejemplo inmediatamente anterior, si Juan, sirviéndose de la apariencia de propietario que le confiere el Registro, transmite a Santiago la propiedad a título oneroso, quien nada sabe sobre la verdadera causa de la titularidad de Juan, mientras no se demuestre que Santiago conoció de ella, la fe pública registral lo pondrá a salvo de la acción que contra la primera enajenación pueda presentar Pedro o cualquiera de sus acreedores.

5. LA SALVAGUARDIA JURISDICCIONAL DE LOS ASIENTOS REGISTRALES

Como justo correlato del de legitimación, los principios de fe pública registral e inoponibilidad no pueden terminar de comprenderse sin referir el aserto al que se dedica este epígrafe. Se refiere a que, una vez practicado cualquier asiento en sus libros, la invalidez del título en que se funde tal o cual derecho y, por tanto, la inexactitud del Registro, solo puede ser decretada judicialmente. Y es que el registrador no puede operar como instancia alternativa para resolver los conflictos de fondo que se planteen o se encuentren subyacentes a los títulos inscritos o, incluso, simplemente presentados.

EJEMPLO 8

Si se instrumenta con todas las formalidades una compraventa, y un acreedor del transmitente considera que su causa es puramente fraudulenta, que la transmisión responde únicamente a desviar el bien del patrimonio del vendedor, el registrador no podría paralizar el trámite de inscripción ante la presentación espontánea del acreedor ante el Registro; ni, desde luego, con mayor razón, cancelar el asiento que el negocio hubiese generado ya en el folio del inmueble, aunque quien se lo pida fuera incluso alguna de las partes. La cuestión de fondo por la que el asiento de turno habría de resultar cancelado solo podría ventilarse en el procedimiento judicial oportuno.

Se trata de una máxima vital para el entendimiento del sistema registral como denota su recepción en el primer artículo de la Ley Hipotecaria. En consecuencia, no podrá cancelarse, por inexacto –sí, en cambio, por otras causas, como la propia dinámica del Registro o la extinción fehaciente por medios objetivos o involuntarios (tratándose de un derecho vitalicio, como sucede con el usufructo, por ejemplo, aportando el pertinente certificado de defunción del titular)–, ningún asiento, de la clase que sea, de no mediar consentimiento expreso del perjudicado por la cancelación o, en su defecto, resolución judicial en la materia.

Latiría, pues, en la normativa, la que Peña denomina «irrevisibilidad interna del Registro», del contenido de sus libros, por cuanto, practicado un asiento, solo cabrían asientos ulteriores modificativos en virtud de títulos que presupongan la vigencia de las situaciones jurídicas proclamadas por aquel. Entonces, el asiento ulterior que contemplara una nueva situación jurídica dejaría sin efecto el precedente en cuanto fuera incompatible. Y es así que se justifican preceptos de la enjundia del artículo 17 de la Ley



Hipotecaria, en la medida en que el Registro se señala cerrado a cualquier título de igual o anterior fecha que se oponga o sea incompatible con el inscrito o que, de conformidad con su artículo 20 de la Ley Hipotecaria, no pueda por principio registrarse el documento en que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente.

Una vez fundamentada, y al objeto de apreciarla en sus justos términos, la regla acerca de la salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, se muestra compatible, por un lado, con las resoluciones o revisiones a las que puede arribarse dentro de los procedimientos recursivos estrictamente registrales, en virtud siempre de los cauces legal o reglamentariamente previstos; de otro, con eventuales rectificaciones de índole menor en relación con los datos volcados en el asiento que se haya practicado.

Mención aparte, por constituir consecuencia obligada del carácter presuntivo de la exactitud registral, es que, mediante el oportuno procedimiento declarativo, se constate el vicio o causa de invalidez del título inscrito, con ineludible llamada al proceso del sujeto que pudiera resultar perjudicado, aspecto fundamental sobre el que luego podrá despacharse el Registro en la calificación de la sentencia legitimadora emanada de aquel proceso.

Dicho ello, la salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales no significa que los jueces puedan hacer y deshacer a su antojo, o de las partes procesales, la publicidad del Registro. Los jueces, como los registradores, están plenamente sometidos a la ley, por lo que no pueden por su sola autoridad descabalgar la sistemática propia, construida a partir de los principios registrales, conforme a la cual debe interpretarse, y aplicarse, el grueso de la normativa hipotecaria.

EJEMPLO 9

Así, como insistentemente viene declarando la Dirección General, el principio de tracto sucesivo y la proscripción de la indefensión consagrada en el artículo 24 de la Constitución impiden que una resolución judicial pueda operar en el Registro la cancelación de asientos que afectan a personas que no hayan sido demandadas. «Y si bien es cierto que los registradores de la propiedad, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la aplicación de las resoluciones judiciales firmes, no lo es menos que el principio constitucional de tutela judicial efectiva impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido de manera alguna; exigencia esta que, en el ámbito registral, determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometan una titularidad inscrita (que está bajo la salvaguarda de los tribunales, conforme al

.../...

.../...

art. 1 de la LH), si no consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata». Es a ello a lo que se referiría, respecto de la calificación de los documentos judiciales, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con los preceptos constitucionales y legales, cuando alude a los obstáculos que surjan del Registro como motivo para denegar, por mucho que un juez lo solicite, el asiento pretendido (Resoluciones, entre otras muchas, de 18 de febrero y 30 de abril de 2009).

Y si los jueces, además de salvaguardar la recta aplicación del Derecho registral, no pueden dejar de atenerse a sus principios, con mucha menor razón la Administración podrá revocar o anular los asientos registrales basándose en su pretendida –solo eso, pretendida– naturaleza de actos administrativos, pues si así lo hiciera, tales actos adolecerían de vicio esencial de nulidad. En este sentido, la única posibilidad que tendría la Administración en cuanto a la anulación de un acto registral contrario a sus derechos o intereses sería deducir la oportuna pretensión procesal ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, sin poder en absoluto utilizar el mecanismo de la declaración de lesividad (*cfr.* art. 103 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de la Admistraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) para impugnar el asiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa (González Pérez, Lacruz).

6. LA USUCAPIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La Ley Hipotecaria se ocupa de los efectos de la usucapión en relación con el Registro en sus artículos 35 y 36. El primero favorece la usucapión de quien consta como titular inscrito, no siéndolo en realidad; se trata de la llamada usucapión *secundum tabulas*. El segundo condiciona la efectividad de la usucapión contra el titular registral en atención al caso de que un tercero adquiera el bien que se está usucapiendo o ya usucapido sin haber ingresado en el Registro la pertinente sentencia declarativa de la usucapión o al menos anunciado, mediante la pertinente anotación de demanda, el procedimiento que para tal declaración se haya entablado; se trata de la usucapión *contra tabulas*.

Una y otra modalidad, en su actual regulación, habrían sido introducidas con ocasión de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, cuya exposición de motivos las presentaba de esta manera:



«La prescripción [...] no puede ser ignorada por los regímenes inmobiliarios [...]. Acomodar sus diversos preceptos plantea temas erizados de dificultades. A robustecer el sistema y mantener a la vez la indispensable paridad entre el asiento registral y la verdad jurídica responde la nueva fórmula.

Aceptando una distinción clásica, se regulan dos clases de prescripción. La que convalida y ratifica las situaciones registrales, llamada prescripción tabular, y aquella otra que actúa en contra de los derechos reales inscritos.

La admisión de la primera no ofrece obstáculo alguno. Supone para el sistema un poderoso refuerzo, a la par que es un reflejo de la realidad, con todas la ventajas inherentes.

Mayores dudas plantea la llamada prescripción *contra tabulas.* Aceptarla sin reservas supondría abrir una peligrosa brecha en el sistema. Su inadmisión equivaldría al mantenimiento de una situación fáctica y de una completa discordancia entre el Registro y la verdad extrarregistral.

Para conciliar en lo posible estos importantes y contradictorios efectos se regulan los de la prescripción en forma distinta, según que aquella haya tenido lugar frente a personas que tengan o no la condición de terceros adquirentes a título oneroso.

La prescripción realizada frente a quien no tenga la condición de tercero ha sido considerada como una simple relación *inter partes.* En su virtud, se ha entendido que la prescripción debe actuar con plena eficacia contra el titular registral, según las normas del Derecho civil.

Ante la que se ha producido en todo o en parte contra un tercero adquirente a título oneroso, amparado por la *fides publica* registral, ha sido preciso coordinar la defensa de los principios hipotecarios con las indefectibles consecuencias de la prescripción».

Se desarrollan a continuación las líneas generales de la regulación concerniente a cada una.

6.1. LA USUCAPIÓN A FAVOR DEL TITULAR INSCRITO (USUCAPIÓN SECUNDUM TABULAS)

El artículo 35 de la Ley Hipotecaria establece que «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito será justo título la inscripción, y se presumirá que

aquel ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

La finalidad del artículo es facilitar al titular registral que ha adquirido *a non domino*, cuando evidentemente le falte alguno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para quedar protegido directamente, que pueda consolidar su adquisición mediante el instituto de la usucapión. La usucapión se facilita en tanto en cuanto de la inscripción se presume *iuris tantum* título, posesión y buena fe. De manera que, como sintetiza Sanciñena, el usucapiente solo necesita acreditar la vigencia de su inscripción por más de 10 años para que se entienda que concurren todos los requisitos de la usucapión ordinaria. Corresponderá a la otra parte, a quien alegue ser legítimo propietario del bien, la prueba de que el usucapiente carece de buena fe, que no tiene una posesión *ad usucapionem* o que su justo título no es válido o verdadero. Entiéndase que no es que por llevar 10 años inscrito el Registro haga propietario automáticamente al titular que no haya conseguido serlo por defecto de legitimación en su transmitente ni por virtud del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; solo se limita a favorecer que se declare la prescripción del dominio a favor de quien aparece como titular registral del mismo y que para ello ha buscado el camino de establecer una serie de presunciones que, en cuanto presunciones relativas, permiten la prueba en contrario.

EJEMPLO 10

Pedro, que no es propietario pero aparece como tal en el Registro, dona en escritura pública un bien a Juan, a quien le hace entrega de la posesión. Podrá Juan, cumplidos 10 años desde su inscripción y con la sola certificación registral que acredite su titularidad durante ese tiempo, reconvenir para vencer a la acción reivindicatoria presentada por parte del *verus dominus* en tanto el demandante no logre probar que Juan llegó a conocer al contratar de la falta de legitimación de Pedro o que su posesión se interrumpió en algún momento durante ese lapso de tiempo.

6.2. LA USUCAPIÓN CONTRA EL TITULAR REGISTRAL (USUCAPIÓN CONTRA TABULAS)

En cuanto a la usucapión contra el titular registral, el problema sustancial radica en definir si la usucapión que se ha producido, o se está produciendo, fuera del Registro puede afectar al que confiando en la apariencia registral adquiere de quien en el Registro figura con facultades para transmitir.



De la cuestión se ocupa el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, el cual se despacha así:

> «Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 solo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:
>
> a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.
>
> b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. [...].
>
> La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si este no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.
>
> En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.
>
> [...]».

EJEMPLO 11

La hipótesis fáctica del precepto sería la siguiente:

Contra un titular registral (Pedro) se inicia la prescripción por parte del usucapiente (Juan). Estando en curso la usucapión o una vez consumada, la finca es adquirida a título oneroso y de buena fe por un tercero (Santiago), que inscribe su título.

La extensa y farragosa dicción del artículo 36 de la Ley Hipotecaria debe entenderse como sigue:

- Por principio, la usucapión actúa frente al titular inscrito; la constancia registral, el estar registrado, no protege frente a quien cumpla los presupuestos ordinarios de la usucapión.
- Por excepción, y frente a la usucapión consumada o cuasiconsumada (la que se consuma durante el año posterior a la adquisición del tercero), queda protegido el adquirente de buena fe, en las especiales circunstancias del precepto.
- En tal sentido, la norma distingue entre el titular inscrito consolidado (el que lleva más de un año) y los adquirentes recientes, dándole una posibilidad a estos de evitar la usucapión consumada o cuasiconsumada, como un beneficio más conferido por la inscripción. Es así que:
  - Frente al tercer adquirente reciente que cumpla con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo prevalecerá la usucapión consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición:
    - Cuando se demuestre que conoció o pudo conocer de la posesión del usucapiente.
    - Cuando no habiéndola conocido, la consienta expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición.
  - Pasado el año, sin que el nuevo titular registral interponga la acción oportuna, prevalecerá sin límites la usucapión, sin que el hecho de estar inscrito influya sobre el curso y consecuencias de ella.
- De lo anterior surge que quien compra una finca que esté siendo poseída en contra de su transmitente, y esa posesión no derive en usucapión dentro del año, podrá inscribir obviamente su titularidad, pudiendo accionar contra el poseedor, logrando de tal modo la interrupción de la usucapión «simplemente comenzada».

En suma, la usucapión operada, pero no constatada en el Registro, sería todavía posible aun frente al tercero amparado por la fe pública registral, quien, no obstante, podría evitar quedar afectado si cumpliera con dos requisitos añadidos a los contenidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: el no conocer ni haber podido conocer la posesión contraria a su derecho y el no tolerarla (aun cuando esa posesión haya derivado ya en la consumación de la usucapión) siquiera tácitamente dentro del año posterior a su adqui-



sición. Este cúmulo de requisitos justifica la denominación del tercer adquirente como «tercero pluscuamperfecto», no tanto por el de no conocer o no haber podido conocer, que conforme a la tesis adoptada en páginas anteriores se antoja apreciación común a la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino por imponer al tercero, a la postre, la carga de impugnar en ese lapso de un año la posesión del usucapiente a través de la oportuna acción (que puede ser la «real registral» del artículo 41 de la LH).

6.3. LA USUCAPIÓN LIBERATORIA

La llamada *usucapio libertatis* o usucapión liberatoria se presenta históricamente como el modo de liberar de gravámenes la finca cuyo dominio se adquiere por usucapión, para lo cual se habrá tenido que poseer la finca de modo tal que presuponga la inexistencia del gravamen que haya de extinguirse. El principio que gobierna la fórmula es el de *tantum praescriptum quantum possessum*.

Pues bien, el cuarto párrafo del mismo artículo 36 de la Ley Hipotecaria que se ha venido comentando se ocupa de la figura. En su virtud, «los derechos adquiridos por título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubiesen constituido, no se extinguirán por usucapión de este. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo».

Se trata, pues, de resolver en qué medida la usucapión del dominio sobre el inmueble puede determinar la extinción de los derechos reales limitados que, recayentes sobre el mismo bien, se encuentren inscritos.

De entre esos derechos, la norma, en primer lugar, pone a salvo los que no llevan aneja la facultad de inmediato disfrute (*v. gr.*, una hipoteca, una servidumbre negativa). En consecuencia, no habrán de extinguirse como consecuencia de la usucapión.

Frente a ellos, los derechos que incorporen esa facultad de disfrute, y siempre que como los anteriores hayan sido adquiridos a título oneroso y de buena fe, aún podrán evitar su extinción con motivo de la usucapión, dándose alguna de estas dos circunstancias:

- Que ese disfrute no sea incompatible con la posesión que haya servido de causa a la prescripción adquisitiva.

EJEMPLO 12

El ejercicio de actos posesorios por el vecino en virtud de una servidumbre de paso resultaría en los hechos, así, perfectamente compatible con la posesión a título de dueño del usucapiente. La usucapión ganada del dominio no acarrearía la liberación de la servidumbre.

- Que siendo incompatible, el titular de tal derecho contrario a la posesión del usucapiente no haya conocido ni podido conocer de esta al tiempo de su adquisición, ni tampoco la haya consentido, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente.

Precisiones

Si la usucapión *contra tabulas*, en la expresión genérica explicitada en el subepígrafe anterior, se plantea como un conflicto entre dos derechos de dominio, de concurrencia de suyo imposible, el supuesto que ahora se contempla relaciona el dominio adquirido (o pronto a adquirirse) por el usucapiente y un derecho limitado autorizado o contraído frente al *vetus dominus*.

En tal sentido, de la misma manera que el adquirente de la propiedad del bien quedaría a salvo de la usucapión consumada o por consumar dentro del año subsiguiente a su adquisición, con tal de no haber podido conocer de la posesión del usucapiente ni haber consentido expresa o tácitamente ese estado material durante todo el año siguiente a su adquisición, se prevé que el adquirente de un derecho real limitado de alcance posesorio (por ejemplo, de usufructo), si reúne idénticas condiciones, quede protegido frente al usucapiente. Así, si el usufructuario excluye en la posesión material al propietario, se trataría de preferir entre el propietario o el usufructuario, ya que la posesión efectiva de uno impediría la del otro. El supuesto, con todo, se muestra verdadera hipótesis de laboratorio por cuanto no parece concebible en los hechos que el usufructuario no haya podido conocer de la posesión del usucapiente.

7. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA FRENTE AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El último párrafo del artículo 36 de la Ley Hipotecaria establece, finalmente, que «la prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptible de posesión o



de protección posesoria, perjudicará siempre al titular, según el Registro, aunque tenga la condición de tercero». La ley dota aquí de toda su fuerza a la prescripción extintiva de esos derechos reales en contra de su titular o de su sucesor, aunque reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

EJEMPLO 13

La adquisición por un tercero del inmueble en cuyo folio se hace constar su condición de predio dominante respecto de una servidumbre positiva sobre la finca del vecino no supondría que esa servidumbre reviviera si al tiempo ya se hubiera extinguido por su falta de uso durante 20 años (*cfr.* art. 546.2.º del CC).

La inexactitud que significa que conste publicado todavía ese derecho, que no se haya cancelado, pese a haberse extinguido por su continuada falta de ejercicio, no tendría frente al tercero hipotecario, por más confianza que hubiera tenido al contratar en torno a la normalidad de la situación, la virtud de hacer resurgir a su favor el derecho extinto.

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- La inscripción potestativa del dominio y de los derechos reales se muestra compatible con la teoría del título y el modo. Particularmente, el hecho de que, en su evolución, el ordenamiento haya incorporado la publicidad registral como medio más eficiente de dar a conocer las situaciones jurídico-reales no habría supuesto que se haya prescindido de la necesidad del traspaso posesorio en este ámbito. De tal manera que sin modo, sin tradición, el derecho real no se habrá de entender perfeccionado por más que conste publicado; su asiento, sin embargo, obligará a quien esté interesado en impugnar la titularidad publicada a probar en el oportuno expediente judicial que no se ha cumplido con la tradición, siquiera en alguna de sus variantes ficticias o espiritualizadas.
- En virtud del principio de fe pública registral recogido principalmente en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso de un titular inscrito, pone a salvo su adquisición de los defectos que luego puedan comprobarse respecto del título de su transmitente. El tercero adquirirá, así, el derecho publicado con la misma extensión y contenido que consta en el Registro, quedando a salvo de las acciones que pudieran hacerse efectivas frente a él según las normas del Derecho común (acciones de nulidad, rescisorias, resolutorias y otras), a reserva, claro está, de aquellas cuya causa conste publicada al tiempo de que el tercero presente su título.
- Para que el titular registral obtenga la protección derivada del principio de fe pública, es necesario que concurran los siguientes requisitos:
  - **Que adquiera a título oneroso.** La fe pública no ampara directamente a los adquirentes a título gratuito, quienes no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transmitente.
  - **De buena fe**, esto es, en la ignorancia de la inexactitud registral, de las causas que de esta pudieran declararse posteriormente.
  - **De titular registral.** Para que al tercero le ampare la fe pública es indispensable la previa inscripción del derecho del transmitente, de lo que resulta que la fe pública registral no ampara a los titulares de inscripciones de inmatriculación.



- **Que el tercero**, **a su vez**, **haya inscrito su título**, en cuanto el tercer adquirente únicamente será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho, o sea, una vez se haya convertido en titular registral.

• A efectos registrales, la buena fe consiste, primero, en la creencia de que el titular registral es el verdadero titular y que tiene, por lo tanto, pleno poder de disposición, y segundo, en la ignorancia de posibles inexactitudes en el contenido del Registro.

La buena fe no se acotaría a la publicidad registral, no tendría un significado puramente tabular. No se basa únicamente en un *no conocer*, sino en un cierto *hacer por no conocer* (componente activo), consistente en una actividad de diligencia material y complementaria de la información que le brinde el Registro, actividad limitada, eso sí, a la verificación elemental de la finca «sobre el terreno». En todo caso, si la realidad posesoria en torno a la finca fuera equívoca o no diera previsible noticia de la existencia de situaciones incompatibles con la de su transmitente, la condición de buena fe del tercero habría de quedar a salvo, incluso cuando no hubiera realizado trámite de verificación alguno sobre la finca, pues de haberlo hecho, de nada se hubiera anoticiado.

• Sobre el momento en que la buena fe debe existir, son factibles, dado el modelo adquisitivo que se sigue para los derechos reales en nuestro ordenamiento, tres opciones: la del momento en que se instrumenta el negocio adquisitivo, la del momento de la tradición o cumplimiento del modo, o la del momento en que se inscribe, mejor dicho, se presenta en el Registro el título inscribible.

De las tres alternativas, se ha de estimar más correcto fijarse en el instante en que se instrumenta el título inscribible o, incluso, a uno anterior con tal de que en él se haya comenzado a dar principio de ejecución a lo acordado y el tercero no pudiera desligarse sin una sustancial pérdida económica por su parte. En consecuencia, no gozaría de protección quien pudiera haber evitado por sus propios actos el perjuicio del que estaría llamado a ponerle a salvo la fe pública registral.

Exigir, en cambio, que la buena fe se mantenga hasta el momento de la inscripción constituiría una imposición desmedida e incontrolable por el tercero, por cuanto es antes de contratar, antes de acometer, siquiera en una parte, el desembolso patrimonial vinculado a la transacción, cuando muestra toda su utilidad informarse del Registro.

- La fundamental consecuencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es la protección que dispensa al titular registral que reúne los requisitos que el precepto exige. Esta protección consiste en ser mantenido en la adquisición haciendo inatacable su derecho. El contenido del Registro será verdad inatacable para él en correspondencia a la confianza puesta en sus libros. Se trata de una protección de la apariencia que impide que la ilegalidad de un acto dispositivo realizado por una persona que carece de poder de disposición pueda tener efectos perjudiciales contra un tercero protegido por el principio de fe pública. De tal suerte, el «verdadero» titular se verá «desprovisto» de su derecho, al mismo tiempo de producirse una adquisición *a non domino* por ministerio legal en favor del tercero.

- Mientras que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria protege contra la anulación o resolución del derecho del otorgante por causas que no resulten referidas en el Registro, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria protege a cualquiera que inscriba contra los títulos autorizados por quien haya transmitido al tercero o un titular anterior, mientras no se hayan registrado; se trata del mismo sistema de protección que se manifiesta también en el artículo 1.473 del Código Civil para los casos de doble venta. Igualmente, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria protegería a los adquirentes que no hubieran contratado con un titular registral al ser ellos quienes llegan originariamente al Registro, o sea, a aquellos cuyo asiento no se apoya sobre otro asiento anterior, ya sea porque la finca no estuviera inmatriculada o porque se hubiera interrumpido el tracto sucesivo.

  De los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el primero, el de adquirir de titular inscrito, no sería, por tanto, imprescindible. Como tampoco se requiere, para ampararse en la regla de la inoponibilidad, que se adquiera a título oneroso; por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria también las adquisiciones gratuitas quedarían amparadas frente a esos derechos inscribibles pero no inscritos.

  En cambio, la inscripción del título del favorecido sería esencial para la protección, así como la buena fe del sujeto, la cual se presumiría en los mismos términos que se han visto para la fe pública registral.

- El artículo 33 de la Ley Hipotecaria señala la regla básica de que la sola inscripción no puede salvar los vicios que incorpore el respectivo título. Esto significa que el Registro no tiene la virtud de convertir lo que es nulo o anulable en válido. Pese a encontrarse publicado y, por tanto, contar con eficacia frente a terceros, cabría impugnar judicialmente el título. La sentencia que se emitiera, luego de proclamar esa nulidad, mandaría la cancelación del asiento oportuno.



Para comprender la importancia de la regla de la no convalidación ha de tenerse en cuenta que el registrador no goza de ilimitadas facultades de investigación sobre el contenido y legalidad de cada documento que se le presenta. Junto con otras cuestiones como su correspondencia con los asientos ya existentes o el respeto a las formalidades exigidas legalmente, lo único que podrá controlar serán aquellos aspectos que, siendo susceptibles de provocar la nulidad del título, se le manifiesten directamente. Quedarían al margen de su examen las demás causales que, como el error, la violencia, el dolo o la intimidación, no pudieran cotejarse por la misma prueba que constituye el documento. La inscripción no subsanará, por sí misma, estos defectos; solo si un tercero adquiriese después con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria quedaría a resguardo.

- Como justo correlato del de legitimación, los principios de fe pública registral e inoponibilidad no pueden terminar de comprenderse sin referir la llamada salvaguardia judicial de los asientos registrales. Se refiere ella a que, una vez practicado cualquier asiento en sus libros, la invalidez del título en que se funde tal o cual derecho y, por tanto, la inexactitud del Registro, solo puede ser decretada judicialmente. Y es que el registrador no puede operar como instancia alternativa para resolver los conflictos de fondo que se planteen o se encuentren subyacentes a los títulos inscritos o, incluso, simplemente presentados.

- La Ley Hipotecaria se ocupa de las relaciones de la usucapión con el Registro en sus artículos 35 y 36. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria favorece la usucapión de quien consta como titular inscrito, no siéndolo en realidad: se trata de la llamada usucapión *secundum tabulas.* El artículo 36 de la Ley Hipotecaria condiciona la efectividad de la usucapión contra el titular registral en atención al caso de que un tercero adquiera el bien que se está usucapiendo o ya usucapido sin haber ingresado en el Registro la pertinente sentencia declarativa de la usucapión o al menos anunciado, mediante la pertinente anotación de demanda, el procedimiento que para tal declaración se haya entablado; se trata de la usucapión *contra tabulas*.

- Puntualmente, el artículo 35 de la Ley Hipotecaria establece que «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito será justo título la inscripción, y se presumirá que aquel ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

  La finalidad del artículo es facilitar al titular registral que ha adquirido *a non domino*, cuando evidentemente le falte alguno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para quedar protegido directamente, que pueda consolidar su adquisición mediante el instituto de la usucapión. La

usucapión se facilita en tanto en cuanto de la inscripción se presume *iuris tantum* título, posesión y buena fe. De manera que el usucapiente solo necesita acreditar la vigencia de su inscripción por más de 10 años para que se entienda que concurren todos los requisitos de la usucapión ordinaria. Corresponderá a la otra parte, a quien alegue ser legítimo propietario del bien, la prueba de que el usucapiente carece de buena fe, que no tiene una posesión *ad usucapionem* o que su justo título no es válido o verdadero.

- En cuanto a la usucapión contra el titular registral, el problema sustancial radica en definir si la usucapión que se ha producido, o se está produciendo, fuera del Registro puede afectar al que confiando en la apariencia registral adquiere de quien en el Registro figura con facultades para transmitir.

  Sobre el particular, del artículo 36 de la Ley Hipotecaria surgen las siguientes conclusiones:

  – Por principio, la usucapión actúa frente al titular inscrito; la constancia registral, el estar registrado, no protege frente a quien cumpla los normales presupuestos de la usucapión.
  – Como excepción, y frente a la usucapión consumada o cuasiconsumada (la que se consume durante el año posterior a su adquisición), queda protegido el adquirente de buena fe, en las especiales circunstancias del precepto.
  – En tal sentido, el precepto distingue entre el titular inscrito consolidado (el que lleva más de un año) y los adquirentes recientes, dándole una posibilidad a estos de evitar la usucapión consumada o cuasiconsumada, como un beneficio más conferido por la inscripción.

  Es así que frente al tercer adquirente reciente que cumpla con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo prevalecerá la usucapión consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición:

  – Cuando se demuestre que conoció o pudo conocer de la posesión del usucapiente.
  – Cuando no habiéndola conocido, la consienta expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición.

  Pasado el año, sin que el nuevo titular registral interponga la acción oportuna, prevalecerá sin límites la usucapión, sin que el hecho de estar inscrito influya sobre el curso y consecuencias de ella.



- La llamada *usucapio libertatis* o usucapión liberatoria se presenta históricamente como el modo de liberar de gravámenes la finca cuyo dominio se adquiere por usucapión, para lo cual se habrá tenido que poseer la finca de modo tal que presuponga la inexistencia del gravamen que haya de extinguirse.

  Tratando de la cuestión, la Ley Hipotecaria resuelve en qué medida la usucapión del dominio sobre un inmueble inmatriculado habrá de determinar la extinción de los derechos reales limitados que, recayentes sobre el mismo bien, se encuentren inscritos.

  De entre esos derechos, en primer lugar, pone a salvo los que, constituidos a título oneroso y de buena fe, no llevan aneja la facultad de inmediato disfrute (*v. gr.*, una hipoteca, una servidumbre negativa); derechos que, en consecuencia, no habrán de extinguirse como consecuencia de la usucapión.

  Frente a ellos, los derechos que incorporen esa facultad de disfrute, y siempre que como los anteriores hubieran sido adquiridos a título oneroso y de buena fe, aún podrán evitar su extinción con motivo de la usucapión, dándose alguna de estas dos circunstancias:

  – Que ese disfrute no sea incompatible con la posesión que haya servido de causa a la prescripción adquisitiva.
  – Que siendo incompatible, el titular de tal derecho contrario a la posesión del usucapiente no haya conocido ni podido conocer de esta al tiempo de su adquisición, ni tampoco la haya consentido, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente.

- La Ley Hipotecaria establece, finalmente, que «la prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptible de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular, según el Registro, aunque tenga la condición de tercero». Se dota así de toda su fuerza a la prescripción extintiva de esos derechos reales en contra de su titular o de su sucesor, aunque reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La inexactitud que significa que conste publicado todavía ese derecho, que no se haya cancelado, pese a haberse extinguido por su continuada falta de ejercicio, no tendría frente al tercero hipotecario, por más confianza que hubiera tenido al contratar en torno a la normalidad de la situación, la virtud de hacer resurgir a su favor el derecho extinto.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Si una finca es donada y el donatario, pasados dos años, la vende a un tercero, ¿afectará al comprador que haya inscrito su título la revocación que de la donación inste el donante por el nacimiento de hijo suyo? (*vid*. art. 644 del CC).

Enunciado 2

¿Qué presupuestos debe cumplir el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria para quedar protegido por virtud del precepto?

Enunciado 3

¿En qué momento se exige que el tercero hipotecario, para serlo, ostente buena fe?

Enunciado 4

¿Pueden impedir los defectos de un título que se inscriba?

Enunciado 5

¿Bajo qué circunstancias el usucapiente de una finca puede imponerse sobre la titularidad declarada por el Registro?



Solución 1

La superveniencia de un hijo es causa de revocación de las donaciones la cual, por su naturaleza, ocurre por fuera del Registro, de ahí que, salvo situaciones excepcionales en que pudieran haber conocido de tal hecho, solo podrá afectar a terceros adquirentes a título oneroso si, presentada la pertinente acción judicial de revocación, la adquisición de esos terceros se produce luego de que se haya practicado, a instancia del donante, la pertinente anotación de demanda. Mientras tanto, el tercero que adquiera el dominio del bien a título oneroso quedará a salvo de la revocación impetrada. Se entiende, así, el artículo 645 del Código Civil, cuando establece que si los bienes donados hubieran sido hipotecados (por el donatario), podrá el donante «liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho a reclamarla del donatario». Como podemos observar, el acreedor hipotecario no vendría a resultar perjudicado por una circunstancia que no pudo cabalmente prever.

Solución 2

Los presupuestos para que el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria quede a resultas del precepto protegido son:

- Haber inscrito su título.
- Que frente a él se alegue un derecho, carga o limitación no inscrita.
- Tener buena fe, esto es, no conocer ni haber podido conocer razonablemente que el bien estaba gravado o afectado por el derecho o limitación no inscrita.
- Que tal carga o limitación no sea de las que por ley resulten oponibles sin inscripción.

Solución 3

Al momento de contratar o, lo que es lo mismo, al tiempo de quedar obligado por el título que haya de servir de causa a su adquisición, y ello con independencia de que la tradición tenga lugar más tarde.

Solución 4

Si los defectos son ostensibles y a juicio del registrador insubsanables, los defectos impedirán su inscripción. Si los defectos no son manifiestos, el registrador no podrá ejercer mayor control sobre ellos, por lo que no obstarán a que se despache el asiento pretendido. Ahora bien, en este caso, la inscripción no convalidará, no subsanará esos defectos, tal y como establece el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

Solución 5

Si la usucapión ya se ha producido contra quien consta como propietario en el Registro, la usucapión prosperará con plena normalidad frente a él.

Si cumplida la usucapión, pero todavía no declarada formalmente ni anunciada en el Registro, el propietario transmite a un tercero que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, podrá declararse el dominio en cabeza del usucapiente igualmente frente a él, salvo que durante el año inmediatamente posterior a su adquisición el tercero accione contra el usucapiente y este no logre hacer probar en el expediente judicial que aquel pudo conocer de su posesión al tiempo en que adquirió.



Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:

Enunciado 1

Un bien que había sido dado en usufructo fue vendido y entregado por su titular registral antes de que el usufructo se extinguiera. El usufructo no constaba inscrito.



En la escritura de compraventa se estableció expresamente que la finca se transmitía libre de cargas y gravámenes.

Cuando el comprador entra en la finca se encuentra con el usufructuario, quien le informa de su título y se niega a desalojar el inmueble.

a) ¿Se cumplió en el caso con la tradición de la finca a favor del comprador?
b) ¿Cuál de los dos derechos en conflicto debería prevalecer y con base en qué precepto: el artículo 32 o el artículo 34 de la Ley Hipotecaria?
c) ¿Qué acción le recomendarías al comprador para desalojar al usufructuario?

Enunciado 2

Por contrato privado de fecha 20 de octubre 1982, David vendió a Hugo un terreno sito en la zona del Arroyo del Infierno de la Ciudad Autónoma de Ceuta, por precio de 350.000 pesetas.

Hugo tomó posesión del citado terreno a la firma del contrato privado de compraventa, destinándolo a la venta de áridos.

Dicho terreno tenía una superficie de 790 m² y formaba parte de la finca número 002 del Registro de la Propiedad de Ceuta, la cual sería vendida por David, en cuanto titular registral, a Pedro en escritura pública de fecha 27 de julio de 1994, inscribiéndose en dicha oficina el 27 de septiembre de 1994.

Al poco tiempo, Pedro interpone acción reivindicatoria contra Hugo.

a) ¿Cumpliría Pedro con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria para ser considerado tercero hipotecario?
b) ¿Qué podría alegar Hugo en su defensa?

Enunciado 3

1. En escritura que autoriza el Notario de Alicante don Augusto P. el 5 de mayo de 2003, se formaliza una compraventa en la que una sociedad limitada vende cinco fincas

a otras tres sociedades limitadas, que compran: una el 50 % y las otras dos el restante 50 % por mitades indivisas. Parte del precio queda aplazado.

Como estipulación cuarta de dicha escritura, consta lo siguiente:

> «Las partes pactan expresamente que pese a la formalización de la compraventa en escritura pública, la posesión de las fincas objeto de compraventa no es entregada por la vendedora a las mercantiles compradoras en este acto, y en ello en atención a las especiales características que concurren derivadas de la calificación urbanística del suelo objeto de compraventa como un evento futuro y no dependiente de la voluntad de las partes contratantes, pactándose expresamente que la posesión se entregará en el momento en que se formalice el pago del resto del precio conforme a lo pactado en los apartados B y C de la estipulación segunda. En dicho momento se devengará la restante totalidad de la cuota del IVA pendiente de pago ascendente a [...]».

2. El 6 de agosto de 1997, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús G. P., los cónyuges don Julio Alejandro G. I. y doña Mirta Gabriela P. P. venden y transmiten a doña María Jesús F. M., que compra y recibe en pleno dominio un piso. En el otorgamiento segundo se establece:

> «La parte compradora queda posesionada en concepto de dueña en virtud de este otorgamiento de la finca comprada, pero la posesión material no se entregará hasta finales del mes de septiembre próximo, con posible prórroga a voluntad de la vendedora, hasta final de noviembre de 1997, en cuyas fechas, totalmente desocupada y en el mismo estado de conservación en que actualmente se encuentra, se entregarán las llaves de la misma».

¿Cuál de las escrituras crees que no sería objeto de una calificación negativa por parte del registrador?

Enunciado 4

Luis Francisco y Aída, dueños de una parcela sita en término de Moraleda de Zafayona, finca registral número 0001 del Registro de la Propiedad de Alhama de Granada, la enajenaron por escritura pública de 8 de marzo de 1989 a Porfirio y Mónica, quienes tomaron posesión de la misma, sin que la escritura fuera presentada en el Registro.



Varios años después, Luis Francisco y Aída, concretamente el 7 de febrero de 1995, constituyeron hipoteca sobre dicha finca y varias más que aún permanecían inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad, en garantía de un préstamo que concertaron con la entidad Unicaja, hipoteca que se inscribió en el Registro de la Propiedad el 14 de febrero de 1995.

Por impago del citado préstamo, la entidad Unicaja promovió procedimiento judicial sumario, en el cual se dictó auto de 21 de mayo de 2003, rectificado por otro de 10 de junio de 2003, por el que se adjudicó la meritada finca a favor de la entidad ejecutante, quien la inscribió en el Registro de la Propiedad el 12 de enero de 2004.

Cuando por el juzgado se fue a ejecutar la diligencia de toma de posesión el 2 de diciembre de 2005, encontraron a los actores en la finca y al hacerle saber el objeto de la diligencia presentaron la escritura pública de compraventa antes relacionada que no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad, suspendiéndose la diligencia.

Instado nuevamente el lanzamiento, se convocó vista, conforme prevé el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tras el trámite oportuno se dictó auto de 19 de marzo de 2006, por el que no se dio lugar a la suspensión, mandando que se dejaran las fincas libres y expeditas a disposición de la adjudicataria, quien tomó posesión de las mismas el 29 de diciembre de 2006.

El 2 de julio de 2007, Porfirio y Mónica demandan la nulidad de la escritura de hipoteca y su inscripción, por entender que Luis Francisco y Aída habían hipotecado la finca fingiéndose dueños de ella, situación a la que no era ajena la entidad Unicaja, por ser público y notorio que Luis Francisco y Aída habían promovido y parcelado esa finca y procedido a su venta, por lo que pedían que se les declarase como únicos propietarios y poseedores legítimos de la finca litigiosa, de sus frutos y rentas, y de todos los bienes existentes en el interior de su linderos; que se declarase la nulidad radical de la hipoteca constituida por los codemandados Luis Francisco y Aída y Unicaja y de su inscripción en el Registro de la Propiedad; que se declarase la nulidad radical del procedimiento judicial sumario 172/96, así como de la adjudicación producida de la finca y la nulidad de las inscripciones a que habría dado lugar; que se condenase a Unicaja al desalojo de la finca y a su entrega a los actores, y al pago de la indemnización de daños y perjuicios que se le hubieran irrogado; y que, subsidiariamente, se condenase a los demandados al pago de los daños y perjuicios ocasionados por privarles de la posesión y, si se vieran privados de la propiedad, al valor actual de la finca y sus edificaciones y finalmente, al pago de las costas.

Luis Francisco y Aída permanecieron en rebeldía y la codemandada Unicaja se personó en autos, oponiéndose a la demanda, negando haber tenido conocimiento de que los codemandados no eran propietarios de la finca que hipotecaron e invocando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

a) Explica el juego de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria en el caso.
b) ¿Te parece justo que no prosperase la acción de los demandantes frente al banco en atención al relato de hechos?



Solución 1

a) En materia inmobiliaria, sabemos que la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil deja de operar en dos hipótesis: en primer lugar, cuando de la propia escritura surja que las partes no han querido transmitir la posesión como consecuencia, retrasando la entrega del bien para más adelante; en segundo lugar, cuando exista un impedimento u obstáculo que haga imposible la presunción de tradición resultante del precepto, lo que ocurrirá, por ejemplo, cuando un tercero se encuentre poseyendo, en oposición al transmitente, el bien cuya propiedad pretende transmitirse.

   Pues bien, como en el caso planteado ninguna de tales circunstancias concurre, la tradición se ha de considerar realizada en favor del comprador, adquiriendo este la condición de propietario. Y es que la posesión que el vendedor le transmita, por más que en el título no se señale sobre la existencia del usufructo, será la misma que hasta ese justo momento ostentaba: la posesión mediata sobre el inmueble.

b) El problema que se suscita en el supuesto es de inoponibilidad, no de nulidad o ineficacia del título previamente registrado de quien luego contrata con un tercero confiado en la exactitud de lo publicado. Se trata de determinar si el usufructo, pese a no constar inscrito, debe declararse oponible al comprador. El precepto aplicable sería, entonces, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, según el cual lo no inscrito no puede perjudicar a quien arribe al Registro sin haberlo podido conocer. El conflicto, pues, habrá de resolverse en virtud del concepto de buena fe, tal y como se ha explicado a lo largo de esta Unidad.

c) Por la naturaleza del conflicto, desde un punto de vista fáctico, el comprador no debería acudir al trámite interdictal, pues no es que el usufructuario le haya despojado, ni se oponga a su posesión (mediata). Tampoco sería aconsejable que se sirva al objeto de interponer la llamada «acción real registral» del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, puesto que entre las tasadas causas de oposición que se disponen frente a ella se destaca la de «poseer el demandado por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito» (art. 444.2 de la LEC).

   No le quedaría, entonces, al comprador otra posibilidad que la de instar la apertura del oportuno procedimiento declarativo para que se declare inoponible frente a él el usufructo y el ocupante abandone la finca. Por su-

puesto, en este juicio, el usufructuario podrá alegar que al momento de la compraventa se encontraba en la posesión material del inmueble y que el comprador, de haber sido mínimamente diligente, podría haber conocido de la existencia del gravamen.

Solución 2

Para la contestación de las preguntas formuladas, véase la Sentencia de 10 de octubre de 2006, del Tribunal Supremo (ref. RJ 2006\6694), de la que se ha tomado el supuesto, y cuyo texto se proporcionará al alumno a través del Aula Virtual de la asignatura.

Solución 3

Por la redacción transcrita, ambas escrituras llegaron a conocimiento de la Dirección General de Registros y del Notariado; concretamente, y siguiendo el orden en que aparecen en el enunciado, en sus Resoluciones de 8 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6938) y 25 de enero de 2001 (RJ 2002\2142). En ellas, el centro directivo habría revocado la decisión de no inscribir del registrador, afirmando, sin reparar en mayores distinciones sobre lo acordado exactamente en cada caso, que «cuando el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho transmisorio, pues la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, mas tal hecho deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar una cosa ya ajena al vendedor, y no como exclusión inequívoca (tal como exige el párr. 2.º del art. 1.462) de tal efecto traditorio inherente a la escritura pública».

Si nos fijamos, desde un punto de vista práctico, la Dirección llega al mismo resultado que de mantener la tesis que se ha justificado sobre el particular en el primer epígrafe de esta Unidad: la inscripción del título más allá de lo pactado sobre la traslación posesoria en el cuerpo del título. Sin embargo, su argumentación se torna, si tal es el propósito, innecesariamente confusa, extendiendo en su interpretación la tradición instrumental más allá de la realidad posesoria efectiva, declarada por las partes en el cuerpo del título, y en seria contradicción con el sistema del título y el modo que rige como principio. Siendo así, cualquier pretendida excepción o modulación debería interpretarse restrictivamente.



Por demás, lo pactado en cada una de las escrituras no es exactamente igual. Y es que mientras en la primera se dice que existen ciertas circunstancias legales que impiden la entrega a la fecha del título, en la segunda pareciera haberse querido que la posesión (mediata) se transmita, quedándose (¿a título de precario?) el vendedor con la posesión inmediata hasta finales de noviembre de aquel año.

Solución 4

Para la resolución del supuesto, compárense las Sentencias de 14 de mayo de 2010, de la Audiencia Provincial de Granada (ref. AC 2010\1413), de la que justamente se ha extraído el supuesto, y la de 24 de octubre de 1994 del Tribunal Supremo (ref. RJ 1994\7680). El texto de ambas sentencias se proporcionará al alumno a través del Aula Virtual de la asignatura.



Básica

CHICO Y ORTIZ, J. M.ª: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tt. I y II, Madrid, Civitas, 1988 y 1993.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. M.: «La impugnación de los actos registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 328-329, 1955, págs. 513 y ss.

GORDILLO CAÑAS, A.: «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, núm. 2, 1994, págs. 21 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Derecho inmobiliario registral*, t. III bis, Barcelona, Bosch, 1984.

RICA Y ARENAL, R. de la: «Meditaciones hipotecarias: la buena fe y la publicidad del Registro», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 256, 1949, págs. 537 y ss.

ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch (varios tomos y ediciones).

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La usucapión inmobiliaria*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías*, Barcelona, s.e., 1962.

Avanzada

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

GALLEGO DEL CAMPO, G.: «La usucapión "contra tabulas"», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 686, 2004, págs. 2.655 y ss.

JEREZ DELGADO, C.: *La buena fe registral*, Madrid, Colegio de Registradores y Mercantiles de España, 2005.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.

ROCA TRÍAS, E.: «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 530, 1979, págs. 1.551 y ss.

SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tt. I y II, Madrid, Reus, 1947 y 1953.

UNIDAD DIDÁCTICA

8 EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. El procedimiento registral: aspectos generales
   - 1.1. Fases
   - 1.2. Naturaleza
2. La rogación como inicio del procedimiento
   - 2.1. Sujetos legitimados para instar la inscripción: interesados y presentante
   - 2.2. Solicitud de inscripción y presentación del documento
   - 2.3. El asiento de presentación en cuanto efecto inmediato de la rogación
   - 2.4. Modalidades de presentación
3. Los títulos inscribibles
   - 3.1. El título en sentido material: actos y derechos susceptibles de acceso al Registro
   - 3.2. El título en su aspecto formal: el tópico de la doble calificación
4. La calificación del registrador
   - 4.1. Ámbito
   - 4.2. Caracteres de la función calificadora
   - 4.3. Plazo para calificar
   - 4.4. Orden de calificación



4.5. Efectos

4.5.1. La calificación positiva

4.5.2. La calificación negativa: denegación y suspensión de la inscripción

5. Los recursos contra la calificación del registrador

5.1. El recurso gubernativo

5.2. El recurso ante la jurisdicción civil: el juicio verbal registral

5.3. El llamado impropiamente recurso judicial

6. La calificación sustitutoria

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

En su especialidad, el procedimiento registral se contempla en esta Unidad didáctica con el necesario detenimiento. Se estudian, así, a partir de la normativa hipotecaria y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los requisitos y efectos de la presentación de documentos en el Registro; la importancia de la calificación como función que distingue y ensalza al registrador dentro de las profesiones jurídicas; y los diversos recursos que contra la calificación negativa se establecen en amplia garantía del derecho de los ciudadanos a que sus títulos se inscriban.



1. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL: ASPECTOS GENERALES

1.1. FASES

Las variaciones en el Registro no se producen arbitrariamente; resulta necesario que se cumpla cuidadosamente con una serie de actos. Esa sucesión ordenada de trámites es el llamado procedimiento registral. En él pueden distinguirse tres etapas:

- La primera se ocupa de todo lo relacionado con la rogación instada por el interesado presentando el respectivo título, con especial referencia a la operación inicial que debe realizarse por el Registro: la práctica del asiento de presentación.
- La siguiente fase comienza a partir de ese instante, llegando hasta aquel inmediatamente anterior a la toma de decisión del encargado sobre la registración del título en el folio del inmueble. Sobre este segundo estadio del procedimiento destaca la facultad de los interesados de desistir de la solicitud de inscripción ingresada.
- La última etapa aludiría a la terminación del procedimiento. Esta tendría lugar con la calificación del título por el registrador, quien, tras un análisis detallado de su contenido, conforme a los aspectos que le autoriza a controlar la legislación, permitirá o no el asiento pretendido.

Fuera del procedimiento registral, en un sentido estricto, se encontrarían los posibles recursos con que se contaría frente a la calificación negativa del título. Considerando que a su través se continuaría conociendo de la pretensión calificada, su interposición no haría más que diferir la resolución última al supuesto. Sin embargo, en cada uno de estos casos nos encontraríamos ante un expediente de revisión, contingente (esto es, que no habrá de producirse si el interesado o los interesados no se deciden a interponerlo), y que, pese a su plena incidencia sobre lo actuado previamente en el Registro, se ajustaría a su propio procedimiento.

1.2. NATURALEZA

Difícilmente puede entenderse que el procedimiento registral manifiesta un proceso, en el sentido conflictual que caracteriza a este. Aunque, según las ocasiones, cabría distinguir un cierto enfrentamiento entre posturas –de un lado, la del registrador que rechaza un documento, de otro, la del solicitante o interesado–, no existiría en su desarrollo una pugna entre partes conforme a sus diferentes pretensiones. El solicitante sería el único personado, sin que el registrador haya de admitir o llamar a terceros supuestamente afectados por la inscripción que se practique.

Por esa falta de contradicción que lo identifica, se ha sostenido históricamente la naturaleza de jurisdicción voluntaria del procedimiento que para la inscripción se establece. En él, como en los que se contemplan todavía en la Ley de Enjuiciamiento de 1881 –en el punto no derogada–, no se daría conflicto alguno de intereses, pues su objeto se limitaría a integrar, dotar de pleno contenido (en nuestro caso, de general publicidad) al título inscribible. Ahora bien, esa similitud entre los procedimientos judiciales no contenciosos y los emprendidos en el Registro no sería completa, empezando por la muy distinta condición de registradores y jueces.

Precisiones

La **jurisdicción voluntaria** puede definirse como la actividad que desarrollan los tribunales en los casos expresamente previstos en la ley y caracterizados porque en ellos no se promueve contienda alguna entre las partes. La jurisdicción voluntaria se identifica, así, por la ausencia de contradicción, por el carácter no litigioso de los expedientes. Al extremo de que, en el momento en que se ejercite oposición por parte interesada, el expediente se convertirá de ordinario en contencioso. Es consecuencia también de ello que el auto o resolución que se adopte no cause efectos de cosa juzgada.

En contra de lo anterior, hay quien sostiene que el procedimiento registral se muestra como una especie autónoma dentro de los administrativos. Es la tendencia que se observa, en virtud de las últimas reformas legislativas, en la reciente doctrina de la Dirección General. El Centro Gubernativo ha reiterado, así, que la razón de ser de las novedades introducidas en este punto por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y la Ley 24/2005, de 18 de noviembre,



de reformas para el impulso a la productividad, habría sido inyectar en el sistema registral las garantías propias del procedimiento administrativo, en atención, así, a la necesidad de que el registrador se despache en todo caso por escrito, haciendo desaparecer las calificaciones verbales; a que la calificación se sujete en su estructura a la de cualquier acto administrativo –expresando ordenadamente hechos y fundamentos de derecho con mención a las vías de recurso–; a que se notifiquen en los términos de los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992; etc.

Realmente, las dos teorías que se han destacado tienen un tanto importante de razón. Quienes consideran el procedimiento registral como un expediente de jurisdicción voluntaria no deberían olvidar que el fundamento originario de esta se concreta en la necesidad histórica de atribuir al poder judicial determinados actos de naturaleza administrativa; el marcado interés privado que en ellos concurre (autorización para contraer matrimonio, nombramiento de tutor o curador, etc.) habría hecho conveniente que un órgano independiente gestionara y, por ende, controlara su procedimiento. Aquellos otros que postulan por su naturaleza administrativa no podrían obviar que el régimen jurídico del Registro se inspira y, las más de las veces, necesita de un proporcionado alejamiento de las reglas comunes del ordenamiento administrativo. En este orden fíjese en que, según Sancho Rebullida:

- El procedimiento registral versaría sobre derechos privados.
- La impugnación de los actos a los que diera lugar no discurriría por vía auténticamente administrativa, ni su resolución sería susceptible de recurso contencioso-administrativo.
- La Administración no sería parte.
- Los superiores jerárquicos del registrador no podrían inmiscuirse en sus actuaciones; no podrían instruirle para que se despachara positiva o negativamente sobre el título que se encuentra en espera de calificación.

De todo lo anterior, y siguiendo con Sancho, se habría de concluir en favor de la autonomía del procedimiento registral en el contexto de nuestro ordenamiento. El autor realiza en este sentido las siguientes observaciones, que hemos de compartir:

- El procedimiento registral constituiría un tercer género entre la jurisdicción y la Administración, por cuanto la actuación registral se asemeja, de una parte, a la judicial, y de otra, presenta rasgos administrativos, rasgos hoy puestos de manifiesto en cuanto a la necesidad de extender a las relaciones ciudadano-Registro el plexo de garantías que se reconocen en la

Ley 30/1992. Con tal intención debería, por tanto, comprenderse la última doctrina de la Dirección General sobre la necesaria «administrativización» del trámite registral.

- En el plano de la eficacia práctica, la autonomía que del procedimiento registral se mantiene se reflejaría en una regulación propia y suficiente, sin que resulte directamente aplicable la legislación procesal (aun en materia de jurisdicción voluntaria) ni la Ley de Procedimiento Administrativo, esta más allá de lo imprescindible.
- Supuesta la condición pública del Registro de la Propiedad y el carácter administrativo de su estructura, funcionalmente, sin embargo, se acerca más a lo jurisdiccional; la calificación del registrador consiste, en este sentido, en un juicio lógico en condiciones de independencia jerárquica. «Y el fin público al que tiende –publicidad general de los derechos, exactitud del Registro en beneficio de todos– ocupa un segundo término en relación con la finalidad privada a que el procedimiento se halla *directamente* orientado: la constancia y consiguiente publicación (eficacia sustantiva) de un derecho privado, que será mantenido mientras no se declare inexacta por los tribunales, bajo cuya salvaguardia se encuentra».

2. LA ROGACIÓN COMO INICIO DEL PROCEDIMIENTO

2.1. SUJETOS LEGITIMADOS PARA INSTAR LA INSCRIPCIÓN: INTERESADOS Y PRESENTANTE

La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente, establece el artículo 6 de la Ley Hipotecaria:

- Por el que adquiera el derecho.
- Por el que lo transmita.
- Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.
- Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.

El precepto está pensando en los particulares, razón por la cual falta en el elenco la mención a las autoridades públicas, judicial o administrativas, que puedan librar los opor-



tunos títulos registrables. Para ellas, la solicitud de inscripción no puede considerarse, desde luego, facultativa. El artículo 36 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 establece así la obligatoriedad de la inscripción para los órganos administrativos, los cuales «deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros. No obstante, la inscripción será potestativa para las Administraciones públicas en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria».

Volviendo a la legislación hipotecaria, debe distinguirse para una mayor claridad entre interesado y presentante (solicitante o peticionario). Muchas veces, ambos roles suelen coincidir: es el caso del comprador que presenta la escritura de la compraventa a inscripción. En el concepto de interesado, entrarían las dos primeras categorías del artículo 6 de la Ley Hipotecaria; así, en los contratos, cada una de las partes, pero también todo aquel que hubiera de salir favorecido, que requiera, para asegurar su derecho, que se inscriba con anterioridad un título distinto al suyo. Precisamente es este sujeto al que pretendería legitimar la tercera letra de la norma legal.

Precisiones

La mejor expresión de la protección de que tal forma se viene a dispensar a este «tercero interesado» se encuentra en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario, que establece cómo ha de proceder el titular de un derecho real impuesto sobre fincas ajenas (por tanto, de una carga o gravamen, aun judicial) para obtener la inscripción del título del propietario. Las reglas son las siguientes:

1.ª El interesado presentará su título en el Registro de la Propiedad, solicitando que se tome anotación preventiva por falta de previa inscripción.

2.ª Practicada la anotación, se requerirá al dueño, notarial o judicialmente, para que en el término de 20 días, a contar desde el requerimiento, inscriba su propiedad, bajo apercibimiento de que si no lo verificare o impugnare tal pretensión dentro de dicho término, podrá el anotante del derecho real solicitar la inscripción como establece la regla cuarta.

3.ª El dueño no podrá hacer la impugnación sin solicitar a la vez la inscripción del dominio por cualquiera de los medios establecidos en el Título VI de la Ley Hipotecaria.

4.ª Transcurrido el plazo de 20 días, el anotante, justificando el requerimiento practicado, podrá pedir la inscripción del dominio. Si no tuviere, como será lo normal, los documentos necesarios, acudirá al juez o

.../...

.../...

jueces donde radiquen los archivos en que se encuentran, para que, con citación del dueño, mande sacar copia de ellos y se le entregue al anotante a dicho objeto y, en defecto de documentos o cuando, siendo defectuosos, no opte por subsanarlos, podrá justificar el dominio del dueño en la forma que prescriben la ley y este reglamento.

5.ª El registrador inscribirá el dominio, dejando archivado, en su caso, el documento en que conste el requerimiento, del cual dará las certificaciones que los interesados soliciten y convertirá en inscripción definitiva la anotación del derecho real.

Como vemos, en apreciación general de la que el supuesto es fiel correlato, la cualidad de interesado funciona, se reconoce solidariamente, lo que significa que con que uno de los interesados posibles demande la inscripción de un título, no podrá cualquiera de los restantes oponerse a que se inscriba.

Todos los sujetos anteriores se considerarían, pues, interesados, pudiendo solicitar la inscripción personalmente o a través de quienes, legal o convencionalmente, los representen. En este sentido, el artículo 39 del Reglamento Hipotecario tiene por representante a quien simplemente solicite la inscripción de un título en el Registro, con lo que, al final, la entrada del título en el Registro no podrá rechazarse por falta de legitimación.

Pero, por más que frecuente, la coincidencia entre interesado y presentante no es necesaria. Siendo tal el caso, y no gozando el mero presentante de poder o título habilitante como sí ocurre con el representante, parecería lógico que su margen de actuación en cuanto a los trámites que hubieran de seguir a la solicitud de inscripción se viera restringido. Sin embargo, el Reglamento Hipotecario, sin duda con un criterio funcional, aún le otorga una serie de facultades más allá del momento de la presentación. Así, la de recibir la notificación de la calificación desfavorable al despacho del documento (art. 429 del RH), la de solicitar la anotación preventiva por defectos subsanables (art. 430 del RH) e, incluso, la de poder desistir, mientras todavía no se haya despachado, del asiento solicitado (art. 433 del RH). ¿Quiere decir esto que el presentante, cuando no sea interesado, es libre de renunciar a la inscripción, aun sin contar con quien, como, por ejemplo, el adquirente, lo sea? La respuesta afirmativa no convence y ello por cuanto el desistimiento excede de lo que debe considerarse dentro de una gestión ordinaria, pues aunque en primer término solo implicaría la abdicación de la instancia previa, esta traería consigo la inoponibilidad registral de un derecho frente a otros titulares que, favorecidos por el desestimiento, podrían llegar a excluirlo.



El propio artículo 433 del Reglamento Hipotecario que admite el desistimiento del presentante con carácter expreso, al rechazar asimismo el desistimiento que perjudique a tercero, fundamentaría esta interpretación. Es verdad que, en estricta técnica jurídica, los interesados no serían terceros respecto a los distintos trámites que rodeen a la inscripción del título en el que han intervenido o del que surgen derechos a su favor. Sin embargo, sí lo serían, en buena lógica, respecto de un acto (el de desistimiento) al que no hubieran comparecido y del que tan siquiera hubieran podido tener conocimiento. Por ello, el registrador, al recibir una solicitud de desistimiento del presentante que no tuviera la condición de interesado conforme al artículo 6 de la Ley Hipotecaria, debería tomar la precaución de compulsar el sentir de los interesados en la inscripción.

EJEMPLO 1

Es por cuanto se ha sostenido hasta aquí que el adquirente del dominio no podría desistir de la inscripción de su título, cuando a continuación se hubiera presentado un gravamen constituido por él sobre la finca, pues, si se aceptara el desistimiento, el principio de tracto sucesivo impediría la inscripción del segundo título. En sentido contrario, nada obstaría a que el titular del gravamen instara su desistimiento, pues con ello no se impedirá que se inscriba el título adquisitivo.

En último lugar, por lo que respecta a las cuestiones concernientes a este punto, corresponde señalar que la intervención de letrados y procuradores no se contempla como necesaria ante el Registro, lo cual no impide que los interesados puedan contar con sus servicios, en calidad, entonces, de representantes [ex art. 6 de la LH, letra d)].

2.2. SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO

La simple petición es insuficiente para la inscripción de un título. Se hace imprescindible adjuntar, presentar en el Registro, el documento donde se recoja el acto inscribible. En cambio, la presentación del documento, sin acompañarla de la solicitud para su inscripción, vale como petición tácita o presunta.

Mientras que la presentación no tiene mayor ciencia que comprender el ingreso material que del título supone, de la solicitud dependerá directamente el exacto contenido

del asiento que haya de practicarse. En función del principio de rogación, la calificación, el examen que del fallo haga el registrador, puede reconducirse así a aquellos extremos que los interesados le hayan manifestado en la solicitud. En este sentido, cabe imaginar el supuesto de que, siendo varios los derechos instrumentados en una escritura, se pida la inscripción de uno solo de ellos.

Si, como es lo normal, el interesado no limita el objeto de conocimiento por parte del registrador en torno a alguno de los actos inscribibles, se entenderá, conforme al artículo 425 del Reglamento Hipotecario, que «la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera siempre que radiquen en la demarcación del Registro».

2.3. EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN EN CUANTO EFECTO INMEDIATO DE LA ROGACIÓN

Presentado un título en el Registro, de inmediato se hará constar en el Libro Diario una breve indicación, a modo de extracto, del título. Este asiento, denominado de presentación, será el primero que cause en el Registro, y tendrá capital importancia para la determinación –y conservación mientras hayan de subsanarse los defectos que advierta en la calificación del registrador o se recurra contra ella– de la prioridad de la que haya de gozar frente al resto.

Como es muy factible que el asiento de presentación no pueda ser extendido al momento de ingresar el título en el Registro (por estar practicándose los de otros anteriormente presentados, por el número de títulos, por verificarse la entrada en hora próxima al cierre, o por cualquier otra causa), los registradores llevan un Libro de Entrada donde se hace constar de modo inmediato la presentación de los títulos por el riguroso orden en que hayan ingresado los documentos, con expresión de la persona que los presente, el tiempo exacto de su presentación, indicando la unidad temporal precisa, el medio de presentación, sea físico, por correo, por telefax o por remisión telemática, y los datos precisos que permitan identificar la finca afectada por el título presentado. En todo caso, en el mismo día en que se hayan presentado personalmente los documentos, el registrador actualizará el Libro Diario extendiendo los asientos de presentación pendientes por su orden de entrada. De este modo, se extienda el asiento de presentación inmediata o posteriormente, la prioridad del título siempre será la que marque el momento exacto de presentación, sin que la operatoria interna, la carga de trabajo del Registro, pueda afectarla.



Al presentante se le entregará recibo en el cual se expresará la especie de título entregado, el día y hora de su presentación y, en su caso, el número y tomo del Diario en el que se haya extendido el asiento de presentación.

En el asiento de presentación se expresarán necesariamente:

- El nombre y apellidos del que presente el título.
- La hora de su presentación.
- La especie de título presentado, su fecha y autoridad o notario que lo suscriba.
- El derecho que se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga por el título que se pretenda inscribir.
- La naturaleza de la finca o derecho real que sea objeto del título presentado, con expresión de su situación y de su nombre y número, si lo tuviere.
- El nombre y apellidos de la persona a cuyo favor se pretende hacer la inscripción o asiento de que se trate.
- La firma del registrador en todo caso y la de la persona que presente el título, si lo solicitare.

Extendido el asiento de presentación, si la finca constare inscrita, inmatriculada, se hará referencia en el folio de ella a la presentación, para simplificar la labor del registrador para cuando, por ejemplo, se le solicite una nota simple o una certificación, asegurando que se incluyan en la información que emita los títulos pendientes de despacho.

En este punto, se plantea si el Registro puede rechazar la solicitud *a limine*, esto es, «a su presentación». La presentación de documentos privados en aquellos casos en los que legalmente no se permite su inscripción, los atinentes a fincas situadas en otros distritos registrales, son supuestos de exclusión expresamente referidos en el artículo 420 del Reglamento Hipotecario. El precepto faculta además al registrador a no despachar asiento de presentación para aquellos títulos que contengan derechos que «por su naturaleza o finalidad» no puedan provocar asiento alguno. Pero se trata de un motivo que, por incorporar un necesario análisis de fondo, no debería producirse en este momento, sino en el de calificación. En otras palabras, convendría que el registrador aceptara a su entrada estos documentos, dejando para su calificación la explicación de los motivos por los que habría de denegarse el asiento solicitado.

2.4. MODALIDADES DE PRESENTACIÓN

En la legislación se distinguen las siguientes modalidades de presentación:

- **Presentación física.** Es el supuesto más tradicional; solo puede realizarse durante el horario de apertura al público del Registro.
- **Presentación por correo.** Si el título se recibe por correo, se considerará presentante al remitente del documento y se practicará el asiento de presentación en el momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día.

  La presentación por correo de títulos registrables plantea el problema de la simultaneidad temporal en su momento de recepción, puesto que, si son varios los títulos presentados por este medio, no habrá posibilidad material de jerarquizarlos por orden cronológico cuando se abra el correo del día. En atención a la complejidad de la situación, cuando los distintos títulos sean contradictorios entre sí, el registrador se abstendrá, en buena ley, de definir unilateralmente cuál haya de ser preferente.

Precisiones

El artículo 422 del Reglamento Hipotecario manda así que se tome anotación preventiva de cada título, «expresando que se hace así porque no es posible extender la inscripción, o, en su caso, anotación solicitada, hasta que por los propios interesados o por los tribunales se decida a qué asiento hay que dar preferencia. Al margen de los respectivos asientos y al pie de los documentos se pondrá nota expresiva de la operación practicada. Los documentos se devolverán a la persona o autoridad de que procedan para que aquella use de su derecho si le conviniere y esta, en su caso, dicte las providencias que estime pertinentes». Estas anotaciones caducarán al término del plazo señalado en el artículo 96 de la Ley Hipotecaria, «si dentro del mismo no acreditaren los interesados, mediante solicitud escrita y ratificada ante el registrador, haber convenido que se dé preferencia a uno de los asientos, o no se interpusiere demanda para obtener de los tribunales la declaración de preferencia. Si mediase convenio, el registrador atenderá la manifestación hecha por los interesados y archivará la solicitud en el correspondiente legajo. Si, por el contrario, se promoviese litigio, el demandante podrá solicitar que se anote preventivamente la demanda y expedido el oportuno mandamiento al registrador, extenderá este la anotación y

.../...



.../...

pondrá al margen de las anteriormente verificadas una nota de referencia en los siguientes términos: "Presentado en (tal día) mandamiento para la anotación de demanda deducida por..., según consta de la anotación letra..., folio..., tomo..., queda subsistente el asiento adjunto hasta que recaiga sentencia ejecutoria". En virtud de la ejecutoria que recaiga se practicarán los asientos que procedan».

De esta manera, el conflicto planteado por dos títulos de compraventa otorgados por un mismo vendedor, ingresados en el Registro a un tiempo, se dirimiría transitoriamente anotando sus títulos con idéntico grado. En realidad, nos encontramos ante un cierre registral de tipo recíproco, pues ninguno de los derechos se registrará en tanto en cuanto conste el otro. En esta hipótesis, mantenerse inactivo no garantizaría la inscripción de ningún título, necesitando del convenio entre los interesados (o, al menos, de la renuncia de uno de ellos) o, en su defecto, intervención judicial.

- **Presentación a través de otro Registro de la Propiedad.** Si concurren razones de urgencia o necesidad, cualquiera de los otorgantes podrá solicitar del Registro de la Propiedad del distrito en que se haya otorgado el documento que se remitan al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento similar, los datos necesarios para la práctica en este del correspondiente asiento de presentación.
- **Presentación por telefax.** Se trata de una posibilidad solo permitida a notarios y autoridades judiciales y administrativas (*vid*., entre otros, aunque especialmente, art. 629 de la LEC). Los documentos presentados por telefax se asentarán en el Diario de acuerdo con la regla general a excepción de los que se reciban fuera de las horas de oficina, que se asentarán el día hábil siguiente, inmediatamente después de la apertura del Diario, simultáneamente con las demás que hubieran ingresado de igual forma o se presenten físicamente a esa misma hora y en ambos casos en atención a lo previsto por el artículo 422 del Reglamento Hipotecario en relación con la presentación simultánea de títulos.
- **Presentación telemática.** Como la anterior modalidad, la electrónica se encuentra restringida directamente a los particulares, que solo podrán beneficiarse de la celeridad de sus efectos a través de la «intermediación» del autorizante (notario) del pertinente título. A estos efectos, la comunicación electrónica vendría a asegurar un acuse de recibo digital mediante un siste-

ma de sellado temporal acreditativo del tiempo exacto con expresión de la unidad temporal precisa de presentación del título, dispone el artículo. De tal manera que, si el título ingresa en horas de oficina, el registrador procederá conforme a las pautas generales, pero si lo hace fuera de horario, el asiento de presentación se despachará en el día hábil siguiente aunque, a diferencia de lo que se dispone para los títulos presentados por telefax, según el riguroso orden de presentación que acreditará el sellado temporal referido.

3. LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

El concepto genérico de título encuentra en sede registral dos connotaciones: una adjetiva o formal, en cuanto a la calidad del documento donde el título haya de recogerse (título formal), y una sustantiva o de fondo, en cuanto solo ciertos actos y derechos sobre inmuebles pueden ser inscritos por mucho que se recojan, se instrumenten siguiendo esos requisitos formales (título material). En su desarrollo comenzaremos por este.

3.1. EL TÍTULO EN SENTIDO MATERIAL: ACTOS Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE ACCESO AL REGISTRO

El capital artículo 2 de la Ley Hipotecaria establece que en el Registro de la Propiedad se inscribirán:

1.º Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

3.º Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.

4.º Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.



5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.

6.º Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.

Precisiones

Para una crítica del precepto, Díez-Picazo entiende que presenta un marcado carácter asistemático, justificado probablemente por su origen histórico.

> «Procede, con muy leves variaciones en su redacción, del primitivo texto de la Ley de 1861, en el cual eran seguramente necesarias determinadas puntualizaciones y aclaraciones, que aparecen como redundantes. [Al margen de ello] por lo que se refiere al objeto de las inscripciones, contienen la regla general los párrafos 1.º y 2.º y una regla especial para los contratos de arrendamiento el párrafo 5.º. Los párrafos 3.º, 4.º y 6.º en rigor no pertenecen al sistema o núcleo de problemas que el precepto trata de ordenar. En el párrafo 3.º no se contempla nada más que un supuesto especial de transmisión y adquisición del dominio y de los derechos reales, incluido ya en el párrafo 1.º. El párrafo 4.º contiene una regla de naturaleza especial que no pertenece en rigor a la delimitacion objetiva de la materia de las inscripciones, sino a la facultad o poder de disposición del titular respecto del derecho inscrito. Por último, el párrafo 6.º tampoco contiene ninguna regla nueva, sino que se limita a hacer una aplicación muy concreta de lo ya establecido en los párrafos 1.º y 2.º».

Así, parece «más riguroso el reglamento cuando dice, refiriéndose a la misma hipótesis, que serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y por tanto, los de las Administraciones públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas (art. 4 del RH)».

La lista no es cerrada, como surge del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en cuanto «no solo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Del artículo reglamentario, sabemos, se deriva una cierta fundamentación del *numerus apertus* de los derechos reales en nuestro Derecho, pero también, para lo que aquí más propiamente nos interesa, un criterio de inscribibilidad genérico basado en la *transcedencia real* que haya de tener el acto o derecho que se presente. Es un término vago, ciertamente, concepto jurídico que habrá de ser calificado en cada caso por el registrador, a reserva de la labor de uniformidad que viene tratando de cumplir la Dirección General de los Registros y del Notariado en la materia; si no fuera por ella, la inseguridad en la materia sería insorportable, pues bien puede pasar que lo que para un registrador sea inscribible, para otro no pueda serlo en absoluto.

Con todo, en una obra como esta, se hace necesario aproximarnos cuanto se pueda al concepto. Y es que si buscamos una definición en abstracto de lo que debemos entender por transcendencia real, se trata este de un concepto que deriva, como expresa el propio artículo 7 del Reglamento Hipotecario, de la construcción dogmática en torno al derecho real, concepto superior pero al que también hay que dotar de contenido. Constituiría, entonces, materia inscribible cualquier derecho real por el hecho de serlo, esto es, por el hecho de conferir un poder directo sobre la cosa, así como todo «pacto que, recayendo sobre el contenido de poder inmediato atribuido en la cosa, modifique la configuración típica del dominio o de cualquier otro derecho real» (Gordillo).

Frente a ello, las relaciones obligatorias, aquellas donde el objeto inmediato consiste en la prestación a cargo de un sujeto especialmente obligado, por más que el objeto de esa prestación (objeto mediato, por tanto, de la relación) sea inmobiliario, no serían por principio inscribibles. Y digo por principio porque frente a las relaciones reales que encontrarían abierto en bloque el Registro, las relaciones personales podrán hacerlo no obstante, pero siempre que exista, cual excepción, una previsión específica habilitante. Ocurre ello con los contratos de arrendamiento, dándose determinadas circunstancias, el derecho de opción de compra o el derecho de retorno de los inquilinos desalojados por derribo de la finca para reedificarla.

3.2. EL TÍTULO EN SU ASPECTO FORMAL: EL TÓPICO DE LA DOBLE CALIFICACIÓN

Al objeto de la inscripción en el Registro, se precisa del pertinente *instrumento público* (notarial, judicial o administrativo) que acredite el título que se presenta. A partir de la regla general del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el Registro vendría a abrir sus puertas casi en exclusiva a los instrumentos públicos, independientemente de su origen notarial (escritura pública), judicial o administrativo; por definición, ins-



trumentos de carácter auténtico y fehaciente en cuanto hacen plena prueba del hecho que motiva su otorgamiento, de las declaraciones contenidas y de la fecha señalada de formalización.

Centrándonos en los títulos de índole contractual, para que puedan inscribirse deben, pues, formalizarse ante notario. El notario, al autorizar un documento público, comprobará que reúne todos los requisitos exigidos por la legislación para que el negocio documentado produzca sus efectos. Como establece el artículo 145 del Reglamento Notarial, «la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y *de que el otorgamiento se adecua a la legalidad* y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes».

Ahora bien, si esto es así y teniendo en cuenta que esos títulos deberán pasar también el posterior control de legalidad en que consiste la calificación del registrador –de cuyo alcance y consecuencias nos ocuparemos en el epígrafe siguiente–, la pregunta surge obligada: ¿qué justificaría este doble juicio de legalidad, a saber, la necesidad de que el registrador controle la legalidad de lo que ya ha pasado por el notario con la consiguiente ampliación de costes para los particulares?

Entre todos los argumentos posibles en procura de una respuesta a la pregunta, y siguiendo en sus líneas generales la exposición que García García ha realizado al respecto, se desarrollan a continuación los cuatro que siguen:

- En primer lugar, no puede soslayarse que **el notario realiza su función bajo la idea de cliente**, **que es de esencia al notariado y nada tiene que ver con el Registro**. Es verdad que el notario cumple una importante función respecto al cliente, que es de asesoramiento y defensa de sus intereses, al estilo de lo que podría hacer un abogado defensor del mismo. Pero también que mantiene, o puede llegar a mantener, una íntima relación con el cliente, tratando de encontrar la fórmula idónea para sus intereses, y en estas condiciones faltan las condiciones de objetividad para que el juicio notarial de legalidad sea definitivo y decisivo en el ámbito del tráfico jurídico inmobiliario y de los principios y efectos de dicho tráfico. Por su parte, «la calificación del registrador hace abstracción plena de los intereses y de los motivos que inducen a las partes a la transacción, a diferencia de la actuación notarial, puesto que la proximidad del fedatario a los interesados puede generar presiones que influyan en la redacción técnica del negocio documentado» (Arnaiz Eguren).

- En segundo lugar, aunque relacionado con la nota anterior, se ha de destacar **la libertad de elección de notario por parte del público**. Esta característica del sistema notarial, que le imprime indudable carácter profesional, determina que su juicio de legalidad no pueda ser definitivo o pleno, sino provisional, ya que al no existir por principio un sistema obligatorio de competencia, un particular que ha recibido un determinado juicio de legalidad por parte de un notario siempre podrá acudir a otro que emita un juicio de legalidad quizás diferente, pues las personas son distintas y en Derecho también son diferentes los criterios jurídicos. En cambio, el registrador «actúa en su calificación bajo el sistema de competencia territorial, según el lugar de situación de la finca, sin que pueda acudirse a un sistema de libre elección porque está en juego la organización de los principios registrales del historial de una finca, y si hubiera registradores que pudieran actuar por libre cada uno reuniendo el historial de la finca, se duplicarían tales historiales y sería un sistema antieconómico, lo que unido a que están en juego problemas del derecho de propiedad y de los derechos reales, que son de orden público, justifica el sistema obligatorio de competencia territorial y la intervención del Estado en este punto» (Arnaiz Eguren).
- Un tercer aspecto importante lo refleja **el juego de las llamadas advertencias notariales**. Cuando se aportan documentos insuficientes o no se aportan tales documentos y es urgente el otorgamiento de la escritura, cabe la fórmula de otorgarla haciendo las correspondientes «advertencias» previstas en la legislación notarial. Sin embargo, el registrador siempre ha de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales susceptibles de calificación, con total independencia de que hayan sido advertidos o no por el notario. En otras palabras: el sistema de advertencias resultará muy oportuno cuanto está en juego la urgencia de un otorgamiento con su fecha, pero no posibilita un juicio definitivo y pleno de legalidad a efectos de los principios del tráfico jurídico inmobiliario, requiriéndose el complemento de la calificación registral en que no existe ese sistema de advertencias, sino supuestos de asientos temporales como el asiento de presentación y las anotaciones provisionales «que permiten dar prioridad a esas situaciones sin producir los efectos plenos hasta que no se cumplan los requisitos de legalidad derivados de la calificación registral» (García García).
- El cuarto y último argumento descansa en la propia **distinción entre forma** (**notarial**) **y publicidad** (**registral**); se trata, por ello, del de más peso científico. Ordinariamente la forma se concibe «como algo añadido al acto y exterior a él, como una envoltura que viene a cubrir la relación jurídica previamente creada, dotándola de nuevos efectos, de que sin ella carecería, y que suelen agruparse bajo la designación común de publicidad de la relación:



> algo que sin forma permanecería secreto entre las partes, y solo entre ellas sería eficaz, al recibirla se hace público, puede ser debidamente probado, y llega a alcanzar la plenitud de sus efectos, incluso frente a personas ajenas a la relación. Esta idea, sin embargo, es inexacta: en primer lugar, porque toda relación exige para poder constituirse una forma determinada, por sencilla que esta sea, aunque se trate de una mera manifestación del consentimiento; en segundo término, porque, como fácilmente se deduce de lo anterior, no toda forma implica necesariamente publicidad» (De Cossío y Corral).

Ciertamente, la publicidad debe diferenciarse de la forma, por más que esta también conlleve exteriorización. «La forma es una exteriorización de la voluntad que se declara a través de la palabra (forma verbal) o por escrito (forma escrita, ya sea en documento privado o público). Por tanto, la forma tiene que ver con la exteriorización de la declaración de voluntad en que consiste el negocio jurídico. En cambio, la publicidad opera como exteriorización cuando ya se ha producido la forma del negocio jurídico. La forma es anterior a la publicidad. Esta es un ulterior grado de exteriorización, que opera en un campo diferente. Primero es la forma del acto y luego, sobre la base de una forma pública –normalmente– está la publicidad de la situación jurídica resultante del acto». Mientras que la forma la efectúan las propias partes del negocio jurídico, la publicidad se realiza a través de la exteriorización del acto en unos libros y asientos. La forma afecta y se refiere fundamentalmente a las partes, facilitando que la operación subyacente sea alegada frente a terceros, pero carece de esa «finalidad de producir cognoscibilidad general, a diferencia de lo que ocurre en la publicidad» (García García).

Por ello, puede decirse que en la forma el interés predominante es el de las partes, el de quienes cumplen, obligatoria o facultativamente con ella; en tanto que la publicidad se perfila con vistas a terceros, a aquellos que no han sido ni son partícipes de relación formalmente constituida, aunque la ley prevea que puedan quedar afectados a resultas. Ante intereses tan distintos, la dualidad de operadores jurídicos se justifica.

4. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

4.1. ÁMBITO

La calificación registral ha de definirse con Roca Sastre como «el examen, censura o comprobación que hace el registrador de la legalidad de los títulos presentados, antes de proceder a su registración, accediendo a ello si fuera procedente y denegando o sus-

pendiendo la inscripción cuando no estén arreglados a Derecho». En palabras de la Dirección General, «es la actuación jurídica por la que el registrador decide si el título y el acto o negocio jurídico que documenta accede al Registro».

Sobre la calificación, la norma fundamental se encuentra en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por el cual se establece que «los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». A partir del precepto, puede desgranarse el ámbito de la calificación registral en torno a tres dimensiones que funcionan en unidad de acto. Son las siguientes:

- **Formal.** En un primer término, la calificación se extiende en torno a las *formas extrínsecas del documento*, esto es, al componente externo de los documentos, a sus aspectos formales; así, su autenticidad, la competencia del notario o funcionario autorizante, los requisitos que se exigen por ley para que esté válidamente constituido u opere frente a terceros, la falta de descripción de datos que hayan de plasmarse en el asiento que se pida, etc.
- **Sustantivo.** Pero escasa proyección tendría el principio de legalidad, la calificación registral, si no pudiera despacharse sobre la validez intrínseca de lo acordado: se rebajaría, entonces, a una suerte de ratificación de lo autorizado antes por el notario. El registrador no se limita, ni puede, al estudio de lo formal, pues son graves los efectos que la inscripción ha de producir. La calificación, pues, alcanza toda su grandeza en esta segunda dimensión, contemplada en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuando alude a la *validez de los actos dispositivos.* Controlará el registrador, así, la corrección del título en cuanto a su causa, objeto y consentimiento (con inclusión aquí de la cuestión relativa a la capacidad de las partes). La única salvedad que habría en este sentido sería de orden funcional, en cuanto los aspectos susceptibles de control han de reflejarse explícita o implícitamente en el documento, quedando excluidas, por ejemplo, las causas de nulidad detectables mediante prueba ajena al título.

  A esta segunda dimensión del control registral correspondería igualmente la verificación de la *trascendencia jurídico-real* de la figura acordada, atento lo expresado en páginas anteriores sobre el concepto.
- **Registral.** Por supuesto, el registrador tiene que comprobar en todo caso que no existe obstáculo registral para la inscripción del título presentado.



Se trata de un condicionante esencial a la dinámica del Registro, a la congruencia del orden jurídico registral. La matriculación previa de la finca, la titularidad registral de quien en el título aparece como disponente o la inexistencia de un título de fecha igual o posterior con el que el presentado fuera opuesto o incompatible, constituirían destacadísimos ejemplos.

4.2. CARACTERES DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA

Siguiendo a Chico y Ortiz, pueden enunciarse como caracteres de la función calificadora, la función que distingue al registrador, los siguientes:

- **Es una función de control pero a la vez creadora.** En su actuación, el registrador interpreta, califica y establece consecuencias jurídicas. Se trata de un funcionario público, pero las características de su actividad le separan, como dice Lacruz, de cualquier tipo de funcionario administrativo. No estamos ante un mero burócrata al servicio de la Administración.
- **Es una función independiente.** El registrador de la Propiedad, en nuestro sistema descentralizado por circunscripciones territoriales, está vinculado al Colegio Nacional de Registradores y a las instrucciones y resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente esta del Ministerio de Justicia. Pero se trata de una dependencia sustancialmente orgánica. De ahí que, al ejercer su función, al calificar un título, se convierta en «autoridad» única que decide por sí y ante sí, bajo su exclusiva responsabilidad, si el acto resulta o no inscribible. Se trata de una nota perfectamente compatible, en aras de la necesaria uniformidad y previsibilidad jurídica, con que deba, en esa su actividad, quedar vinculado por la doctrina de la Dirección General en la materia (*cfr.* art. 327 de la LH, penúltimo párr.).

  Vista desde el lado de los particulares, la independencia del registrador se cifra en su imparcialidad, de la que, a su vez, surge como correlato la imposibilidad que tienen los interesados de elegir registrador. Será competente para la inscripción el encargado de la oficina donde se lleve la publicidad de la finca por el criterio único de su localización, de su ubicación geográfica.
- **Es una función de carácter responsable.** El registrador se hace responsable, profesional y patrimonialmente, de las consecuencias de su actuación calificadora, sin que su responsabilidad derive, se comunique, como ocurre con carácter general con los funcionarios públicos, al Estado.

- **Es una función individual.** La calificadora se trata de una función de ejercicio unipersonal, que no se comparte. Los Registros en nuestro país no se llevan colegiadamente.
- **Es una función inexcusable.** La calificación es un acto necesario, no pudiendo alegarse por el registrador oscuridades legislativas, existencia de lagunas, etc. A la par que ineludible, es un deber indelegable, por cuanto la calificación solo puede realizarse por el registrador que esté a cargo de la oficina registral de que se trate, o quien por sustitución o interinamente haga sus veces.

4.3. PLAZO PARA CALIFICAR

El plazo para que el registrador califique y, si procede, inscriba el título es de 15 días hábiles contados, por principio, desde la presentación del documento. Si trascurre el plazo sin que se despache, el interesado tendrá la opción de requerirle para que lo haga en el término improrrogable de tres días o de proceder a que otro registrador, de entre el cuadro de sustituciones previsto al efecto, se encargue. Si optando por la primera alternativa, el registrador aún no se despachara en ese término de tres días, el interesado todavía podría instar la aplicación del referido cuadro de sustituciones.

4.4. ORDEN DE CALIFICACIÓN

El artículo 24 de la Ley Hipotecaria establece, según sabemos, que la fecha del asiento de presentación ha de ser considerada la de la inscripción para todos los efectos que esta debiera producir. Precisando, el artículo 25 de la Ley Hipotecaria señala que entre títulos presentados en igual fecha será la hora exacta, el momento justo de presentación el que determinará el rango de cada uno, la prioridad entre ellos.

EJEMPLO 2

Si una hipoteca se presenta a las 10:00 de la mañana y una compraventa a las 12:00 de ese mismo día, la hipoteca sería prioritaria, afectando al adquirente, y ello en los términos vistos en la Unidad precedente.



Pues bien, el mínimo respeto a tales preceptos, bastión inicial y básico de la prioridad registral, exige que los asientos se vayan realizando conforme al orden de presentación de los títulos que publican. El exacto orden de su presentación será, por tanto, el orden a mantener en la calificación de los títulos, si no se quiere evitar que el título posterior acabe despachándose antes o que la lectura del folio sea poco clara, menos fiable. No obstante, se admiten lógicas excepciones.

A tal respecto, la Dirección General mantiene desde siempre que una rígida aplicación del principio de prioridad «no puede impedir la facultad y el deber de los registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, y han de tener por eso en cuenta los asientos registrales –entre los que se incluyen los presentados en el Diario– que contribuyan a una más acertada calificación, y así evitar la práctica de inscripciones en que por haber sido declarado judicialmente el título nulo o por cualquier otra causa resulta ineficaz, haya de procederse a su inmediata cancelación al despachar el título subsiguiente presentado con posterioridad». Con estas palabras, se reconocen con claridad los dos únicos presupuestos legitimadores para obviar la regla descrita, tal y como a continuación se detallan:

- En primer lugar, el registrador deja de estar obligado en su calificación por la fecha del asiento de presentación cuando los títulos han invertido con la entrada en el Registro su orden lógico de relación. Con tal medida se busca articular, hacer coincidir, los intereses manifestados por las partes en esos documentos concatenados.

EJEMPLO 3

El supuesto típico lo constituye la venta ingresada después de la hipoteca concedida por quien actuara como comprador en aquella.

- En segundo lugar, se admite la inversión del orden legal de presentación cuando el segundo título haya de producir la cancelación del primero.

EJEMPLO 4

Un ejemplo sería el analizado en la Resolución de 22 de octubre de 1952. Al Registro llegaron dos adjudicaciones: una, consecuencia de un apremio en el que se trabó el correspondiente embargo; otra, derivada de la ejecución de una hipoteca anterior, ejecución a la que había sido llamado el acreedor embargante. La Dirección entendió que la segunda adjudicación, aun presentada con posterioridad, impedía la inscripción de la primera.

Ahora bien, esta segunda posibilidad ha de quedar limitada al supuesto referido, por haber participado quien accedió antes al Registro en el negocio o procedimiento judicial del que se dedujera la cancelación de su derecho. Se debe descartar respecto a cualquier otro, por la indefensión que seguramente le produciría.

EJEMPLO 5

En este sentido, la Resolución de 1 de junio de 1993 proclama que «si bien es cierto que es doctrina de este centro que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular aunque hayan sido presentados con posterioridad, a fin de procurar un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, no lo es menos que tal doctrina no puede llevarse al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida –el de prioridad– obligando al registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno y otro título (decisión que tanto por su alcance como por lo limitado de los medios de calificación, trasciende claramente a la función que la ley encomienda al registrador)». En el caso, se había denegado la inscripción de una compraventa por haberse presentado los autos judiciales de quiebra de la sociedad vendedora, que, aun posteriores, fijaban como fecha de retroacción una anterior a aquel otorgamiento.

4.5. EFECTOS

En sus efectos, se ha de distinguir según la calificación sea conforme a la petición de inscripción o no.



4.5.1. La calificación positiva

Si la calificación es positiva, el registrador hará la pertinente inscripción, despachará el asiento solicitado en el folio del inmueble, expresando en la que viene a llamarse «nota de despacho», al pie del título, los datos identificadores del asiento practicado. Una nota análoga se hará al margen del asiento de presentación. Además, cuando el estado registral de titularidad o cargas fuere discordante con el reflejado en el título, se librará nota simple informativa para que el presentante pueda conocer cuanto antes de esa contrariedad o divergencia.

4.5.2. La calificación negativa: denegación y suspensión de la inscripción

Si la calificación es negativa, siquiera en relación con alguna cláusula, parte o disposición del título, se emitirá por escrito firmado por el registrador y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de Derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente.

La calificación negativa supondrá la prórroga automática del asiento de presentación por 60 días contados desde la última notificación que de ella efectúe el registrador a los interesados, con el fin de que cuenten con tiempo para preparar y presentar, en su caso, el recurso que corresponda (art. 323 de la LH). En cuanto a la notificación, deberá hacerse al presentante y al notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido. La notificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, admitiéndose la practicada por vía telemática si el interesado hubiera optado por esta vía al tiempo de la presentación del título (art. 322 de la LH).

En el fondo, la calificación negativa procede, pues, cuando no se haya cumplido con los recaudos legalmente establecidos, el título sea defectuoso o haya algún otro factor que lo impida. Según la gravedad de estos defectos, faltas u obstáculos registrales, aún cabría distinguir dos situaciones: aquellas en que tales defectos sean de tal envergadura a juicio del registrador que impliquen la necesidad de rechazar, *denegar* directamente la inscripción o motivo de inscripción pretendido y aquellas otras donde, por ser esos defectos u obstáculos salvables, se admite una suerte de *suspensión* de la inscripción a fin de conceder al peticionario un cierto margen temporal para que efectivamente los corrija o subsane.

EJEMPLO 6

Aunque no existe un elenco legal de defectos según sean subsanables o no, cabe calificar un defecto de subsanable cuando puede salvarse a través de una nueva redacción instrumental o la aportación de documentos complementarios, y es justamente al efecto que se suspende la inscripción en beneficio de los interesados. La falta de traducción o legalización de un documento extranjero, de claridad en el cuerpo expositivo del título o, incluso, de inmatriculación del inmueble son supuestos que se han declarado como tales.

En cambio, como ejemplos de defectos insubsanables pueden ponerse el de un título nulo por contrario a las leyes o al orden público (*v. gr.*, una prohibición perpetua de enajenar), el del que no resulta inscribible por carecer de «trascendencia real» o el del afectado por razón de incompatibilidad con otro ya registrado, no solo presentado (ex art. 17 de la LH). En estos casos, vemos que, por mucho que el interesado se esfuerce, no podrá salvar el defecto sustancial de su título mediante la aportación de otros documentos complementarios ni impedir que el obstáculo registral de turno deje de operar si no es interponiendo la pertinente acción judicial al objeto de su remoción.

En tal sentido, el artículo 19 de la Ley Hipotecaria dispone que cuando el registrador notare algún defecto subsanable, lo manifestará, en su despacho de calificación, a los que pretendan la inscripción, para que, si quieren, recojan el documento y subsanen la falta durante la vigencia del asiento de presentación (prorrogado, como sabemos, en 60 días a contar desde la notificación de la calificación, calificación que no deja de ser negativa por más que los defectos se hayan apreciado subsanables por el registrador). Si en ese tiempo no subsanaran la falta a satisfacción del registrador, la calificación devendrá en definitiva (que no firme, pues esto dependerá de que dentro de ese tiempo no haya recurrido tampoco contra la calificación negativa; ex art. 324, 2.º párrafo, del RH), sin perjuicio de que, antes de concluir ese plazo, los interesados puedan solicitar la anotación preventiva que para el supuesto se dispone.

Precisiones

La anotación preventiva por defectos subsanables se trata de un medio ideado para que los interesados dispongan, cuando les resulte necesario o conveniente, de más tiempo para su subsanación; exactamente, el artículo 96 de la Ley Hipotecaria cifra su duración en un plazo de 60 días, a contar desde la propia anotación, y susceptible de prorrogarse hasta 180 por justa causa y decisión judicial.

La anotación preventiva no se establece posible en la legislación, tratándose de defectos, faltas o impedimentos no subsanables.



En aras de una mayor concreción, y por la importancia que tiene la apreciación en relación con la dinámica del procedimiento, fíjese en que sin ser propiamente defectos del título, afectantes a su fondo o forma, sino obstáculos registrales, también ha de suspenderse la inscripción de un título cuando presentado exista pendiente de despacho definitivo (por encontrarse su calificación en tiempo o vías de recurso) un título que se lo impida (en virtud de las reglas de los arts. 17 o 20 de la LH, por ejemplo). En estos casos, solo el tiempo, que no una actividad de subsanación por parte del interesado en la inscripción del título presentado en segundo lugar, determinará si pueden inscribirse finalmente.

EJEMPLO 7

Véase el segundo enunciado planteado al final de esta Unidad en el apartado de Ejercicios Voluntarios.

Precisiones

Como viene sosteniendo la Dirección General, «si se encuentran presentados títulos contradictorios relativos a una misma finca, lo procedente es calificar y despacharlos por riguroso orden cronológico de presentación, subordinando el despacho del que se presentó después hasta ver qué ocurre con el que le precedió, de modo que aquel solo podrá acceder al Registro si caduca el asiento de presentación del precedente sin ser inscrito» (Resolución de 24 de octubre de 1998, entre otras).

5. LOS RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

Frente a una calificación negativa, disponen los interesados (que no el mero presentante), además de la oportunidad de subsanar los defectos cuando hayan sido observados como subsanables, de las siguientes posibilidades:

- Instar una nueva calificación ante otro registrador.

- Recurrir la calificación sea ante la Dirección General o el órgano jurisdiccional competente de la comunidad autónoma que tenga atribuido el conocimiento de estos recursos en su estatuto, sea ante la jurisdicción civil por los trámites del juicio verbal.
- Atacar directamente el motivo de fondo por el que no se haya inscrito el título ante los tribunales de justicia.

A continuación se desarrollarán el recurso gubernativo, el recurso ante la jurisdicción civil ordinaria y el impropiamente llamado «recurso judicial». Del derecho a que otro registrador califique el título, de la calificación tildada de sustitutoria, nos ocupamos en el epígrafe 6.

5.1. EL RECURSO GUBERNATIVO

Por tradición, el trámite de revisión registral previsto contra la negativa, total o parcial, a inscribir del registrador recibe el nombre de recurso gubernativo, que, tras las últimas reformas legislativas, se ventila hoy conforme a los siguientes criterios:

- Se encuentran legitimados para la interposición del recurso: los particulares interesados, el notario autorizante del título, la autoridad judicial o funcionario competente de quien provenga la ejecutoria o mandamiento presentado en el Registro y calificado negativamente, y el Ministerio Fiscal, cuando la calificación se refiera a documentos expedidos por los jueces, tribunales o secretarios judiciales en el seno de los procesos civiles o penales en los que deba ser parte con arreglo a las leyes, y ello sin perjuicio de la legitimación de los particulares interesados al respecto.
- El recurso deberá interponerse en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la calificación por el registrador al recurrente, sin que quepa admitir el recurso fuera de plazo. La interposición del recurso supondrá la prórroga automática del asiento de presentación hasta que se notifique al registrador la resolución que recaiga.
- Se presentará el recurso ante el Registro que haya calificado, aunque puede hacerse también en los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/92 o en cualquier Registro de la Propiedad para que sea inmediatamente remitido al registrador cuya calificación se recurre.



- Si no hubiera recurrido el notario autorizante, autoridad judicial o funcionario que expidió el título, el registrador, en el plazo de cinco días, deberá trasladar a estos el recurso para que en los cinco días siguientes a contar desde su recepción realicen las alegaciones que consideren oportunas.
- El registrador podrá, a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas, rectificar la calificación en los cinco días siguientes a que hayan tenido entrada en el Registro los citados escritos, accediendo a su inscripción en todo o en parte, en los términos solicitados.
- Si mantuviera la calificación, formará expediente conteniendo el título calificado, la calificación efectuada, el recurso, su informe y, en su caso, las alegaciones del notario, autoridad judicial o funcionario cuando no sean los recurrentes, remitiéndolo, bajo su responsabilidad, a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en Cataluña, a la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas) en el inexcusable plazo de cinco días contados desde el siguiente al que hubiera concluido el plazo indicado en el punto anterior.
- La Dirección General deberá resolver en el plazo de tres meses, con la particularidad de que se computan desde la interposición del recurso y no desde la recepción del expediente. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar.
- En cuanto a sus efectos, si se estima el recurso, el registrador practicará la inscripción conforme a las indicaciones dadas por la Dirección General en su resolución; en caso contrario, se mantendrá la calificación.

5.2. EL RECURSO ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL: EL JUICIO VERBAL REGISTRAL

Según el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, las calificaciones negativas del registrador y, en su caso, las resoluciones expresas o presuntas de la Dirección General con motivo del recurso gubernativo serán directamente recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal.

La demanda ha de interponerse ante los juzgados de la capital de la provincia donde se ubique el inmueble, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la cali-

ficación o, en su caso, de la correspondiente resolución de la Dirección General (tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de cinco meses y un día). A la vista del expediente, el Secretario Judicial convocará a cuantos aparezcan como interesados en el mismo (con especial inclusión aquí del notario autorizante y del registrador), emplazándolos para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días.

5.3. EL LLAMADO IMPROPIAMENTE RECURSO JUDICIAL

El artículo 66 de la Ley Hipotecaria, complementado por el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, recuerda que los interesados, además de recurrir contra la calificación por la que se suspenda o deniegue la inscripción, podrán «acudir, si quieren, a los tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos».

El ejercicio de la acción a la que se alude difícilmente puede equipararse a las otras dos alternativas hasta aquí analizadas. A su través, no se impugna la calificación, sino la causa «de fondo» por la que a la postre se haya desestimado la inscripción. El procedimiento se desarrolla al margen de las instancias registrales, por los trámites del juicio declarativo que corresponda y sin que el registrador sea parte.

Por tanto, a través de esta tercera posibilidad que se contempla, el peticionario podrá atacar el motivo de fondo por el que no se haya podido registrar el título directamente en sede judicial, y ello incluso sin tener que esperar a la resolución del recurso registral que hubiera interpuesto. De otro modo: el procedimiento judicial en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso.

EJEMPLO 8

Imaginemos el caso de que un título sea rechazado por incompatibilidad con otro ya inscrito (*v. gr.,* doble venta). El solicitante que se creyera con derecho por encima de quien ingresó primero estaría legitimado para demandarle a fin de que se declare su derecho cancelándose correlativamente el asiento de aquel. La estimación de su demanda conllevaría la anulación del asiento que le impedía la inscripción junto con la posibilidad de que el suyo fuera efectivamente despachado.



Complementariamente, al tratarse de un expediente, según decía antes, desvinculado de la operatoria del Registro, como la sentencia que recayera gozaría de prioridad a partir del momento en que se aportara y no desde la entrada inicial del título calificado, la eventualidad de un pronunciamiento favorable debería asegurarse mediante la anotación preventiva de demanda que, a solicitud del actor, llegue a cursarse. Téngase en cuenta que los recursos estrictamente registrales producen la prórroga automática del asiento de presentación que para el título cuestionado se haya expedido, hasta tanto su desestimación adquiera firmeza o se practique el pertinente asiento definitivo.

6. LA CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA

Frente a la calificación negativa, al lado de los recursos, existe la posibilidad de que el interesado inste la aplicación del cuadro de sustituciones aprobado por la Dirección General de los Registros y del Notariado a tales efectos (art. 19 bis de la LH). En ese cuadro, cada Registro cuenta asignados los titulares de seis Registros de la misma provincia o provincias limítrofes, nunca de la misma localidad o plaza, que se turnarán al objeto de calificar.

Precisiones

Deben distinguirse los registradores sustitutos de los registradores interinos, que son aquellos designados para hacerse cargo de un Registro temporal o circunstancialmente vacante.

Previsto asimismo para cuando, cumplido el plazo para inscribir e interpelado por el interesado, el registrador no emita su calificación, el derecho a que otro registrador pueda calificar el documento puede ejercerse en los 15 días siguientes a la notificación de la calificación negativa, mediante la aportación al registrador sustituto del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria.

El registrador sustituto lo comunicará al registrador sustituido, pudiendo con carácter previo y en orden a esta finalidad solicitar que se le aporte información registral completa, de no existir o ser insuficiente la remitida con el testimonio íntegro del título.

El registrador sustituido hará constar dicha comunicación, en el mismo día de su recepción o el siguiente hábil, por nota al margen del asiento de presentación, indicando que se ha ejercido el derecho a solicitar la calificación de los títulos a un registrador de los incluidos en el cuadro de sustituciones, su identidad y el Registro del que sea titular. A partir de la fecha de recepción de la comunicación referida, el registrador sustituido deberá suministrar al registrador sustituto información continuada relativa a cualquier nueva circunstancia registral que pudiera afectar a la práctica del asiento.

Si el registrador sustituto calificara positivamente el título, ordenará al registrador sustituido que extienda el asiento solicitado, remitiéndole el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse aquel, junto con el testimonio íntegro del título y documentación complementaria. Extendido el asiento, el registrador sustituido lo comunicará al registrador sustituto y devolverá el título al presentante con nota al pie del mismo, extendida conforme a la legislación hipotecaria.

En cambio, si lo calificara negativamente, devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, recurso que deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad.

Precisiones

Sobre la calificación sustitutoria, la Dirección General ha tenido la oportunidad de decir «que no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar esta no está conforme con la inicialmente efectuada. En este sentido, es claro el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria que, en ningún momento, dispuso la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación. Por ello, la calificación sustitutoria, como tal, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de fondo y forma establecidos en la legislación hipotecaria, bien que limitada a los defectos señalados por el registrador sustituido, por cuanto no cabe la *reformatio in peius* mediante la ampliación de la calificación con la alegación de nuevos defectos por el registrador sustituto (*cfr.* art. 19 bis, reglas 4.ª y 5.ª de la LH). Pero si (...) el registrador sustituto confirma solo uno de los defectos expresados en la calificación inicial, el posterior recurso debe ceñirse exclusivamente a ese defecto confirmado, sin que pueda decidirse sobre los defectos que hayan sido revocados por el registrador sustituto en su nota de calificación» (Resoluciones de 5 de marzo, 24 de abril y 5 de mayo de 2008).





CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- Las variaciones en el Registro no se producen arbitrariamente; resulta necesario que se cumpla cuidadosamente con una serie de actos. Esa sucesión ordenada de trámites es el llamado procedimiento registral. En él pueden distinguirse tres etapas.

  - La primera se ocupa de todo lo relacionado con la rogación instada por el interesado presentando el respectivo título, con especial referencia a la operación inicial que debe realizarse por el Registro: la práctica del asiento de presentación.
  - La siguiente fase comienza a partir de ese instante, llegando hasta aquel inmediatamente anterior a la toma de decisión del encargado sobre la registración del título en el folio del inmueble. Sobre este segundo estadio del procedimiento destaca la facultad de los interesados de desistir de la solicitud de inscripción ingresada.
  - La última etapa aludiría a la terminación del procedimiento. Esta tendría lugar con la calificación del título por el registrador, quien, tras un análisis detallado de su contenido, conforme a los aspectos que le autoriza a controlar la legislación, permitirá o no el asiento pretendido.

  Fuera del procedimiento registral, en un sentido estricto, se encontrarían los posibles recursos con que se contaría frente a la calificación negativa del título. Considerando que a su través se continuaría conociendo de la pretensión calificada, su interposición no haría más que diferir la resolución última al supuesto. Sin embargo, en cada uno de estos casos nos encontraríamos ante un expediente de revisión, contingente (esto es, que no habrá de producirse si el interesado o los interesados no se deciden a interponerlo), y que, pese a su plena incidencia sobre lo actuado previamente en el Registro, se ajustaría a su propio procedimiento.

- Frente al procedimiento tanto judicial como administrativo, se ha de concluir en favor de la autonomía del procedimiento registral.

  - En primer lugar, por cuanto la actuación registral se asemeja, de una parte, a la judicial, y de otra, presenta rasgos administrativos, rasgos



hoy puestos de manifiesto en cuanto a la necesidad de extender a las relaciones ciudadano-Registro el plexo de garantías que se reconocen en la Ley 30/1992.

- En segundo lugar, por contar con una regulación propia y suficiente, sin que resulte directamente aplicable la legislación procesal (aun en materia de jurisdicción voluntaria) ni la Ley de Procedimiento Administrativo, siquiera esta más allá de lo imprescindible.
- Y en tercer lugar, porque supuesta la condición pública del Registro de la Propiedad y el carácter administrativo de su estructura, funcionalmente, sin embargo, se acerca más a lo jurisdiccional; la calificación del registrador consiste, en este sentido, en un juicio lógico en condiciones de independencia jerárquica.

- La inscripción de los títulos en el Registro puede pedirse indistintamente, establece el artículo 6 de la Ley Hipotecaria:

  - Por el que adquiera el derecho.
  - Por el que lo transmita.
  - Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.
  - Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.

  Por su parte, las autoridades públicas, judicial o administrativas, que puedan librar los oportunos títulos registrables. Para ellas, la solicitud de inscripción no puede considerarse, desde luego, facultativa.

  En el elenco, debe distinguirse para una mayor claridad entre interesado y presentante (solicitante o peticionario). Son interesados en la inscripción los otorgantes del título (transmitente o constituyente y adquirente), pero también todo aquel que hubiera de salir favorecido, que requiera, para asegurar su derecho, que se inscriba con anterioridad un título distinto al suyo. En cuanto al presentante, para cuando no es ninguno de ellos, la legislación considera que goza de representación a los efectos de solicitar la inscripción del título, pero no por ello podrá desistir de la presentación-solicitud sin la anuencia de los interesados, ni interponer el recurso que corresponda frente a la calificación por parte del Registro.

- La simple petición es insuficiente para la inscripción de un título. Se hace imprescindible adjuntar, presentar en el Registro, el documento donde se



recoja el acto inscribible. En cambio, la presentación del documento, sin acompañarla de la solicitud para su inscripción, vale como petición tácita o presunta.

- Presentado un título en el Registro, de inmediato se hará constar en el Libro Diario una breve indicación, a modo de extracto, del título. Este asiento, denominado de presentación, será el primero que cause en el Registro, y tendrá capital importancia para la determinación –y conservación mientras hayan de subsanarse los defectos que advierta en la calificación del registrador o se recurra contra ella– de la prioridad de la que haya de gozar frente al resto.
- Al presentante se le entregará recibo en el cual se expresará la especie de título entregado, el día y hora de su presentación y, en su caso, el número y tomo del Diario en el que se haya extendido el asiento de presentación. Asimismo, si la finca constare inscrita, inmatriculada, se hará referencia en el folio de ella a la presentación, para simplificar la labor del registrador para cuando, por ejemplo, se le solicite una nota simple o una certificación, asegurando que se incluyan en la información que emita los títulos pendientes de despacho.
- Específicamente, los títulos pueden presentarse en el Registro hasta de cinco modos:
  - **Físicamente.** Es el supuesto más tradicional; solo puede realizarse durante el horario de apertura al público del Registro.
  - **Por correo.** Si el título se recibe por correo, se considerará presentante al remitente del documento y se practicará el asiento de presentación en el momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día. La presentación por correo de títulos registrables plantea el problema de la simultaneidad temporal en su momento de recepción, puesto que, si son varios los títulos presentados por este medio, no habrá posibilidad material de jerarquizarlos por orden cronológico cuando se abra el correo del día. En atención a la complejidad de la situación, cuando los distintos títulos sean contradictorios entre sí, el registrador se abstendrá, en buena ley, de definir unilateralmente cuál haya de ser preferente.
  - **A través de otro Registro de la Propiedad.** Si concurren razones de urgencia o necesidad, cualquiera de los otorgantes podrá solicitar del Registro de la Propiedad del distrito en que se haya otorgado el

documento que se remitan al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento similar, los datos necesarios para la práctica en este del correspondiente asiento de presentación.

– **Por fax.** Se trata de una posibilidad solo permitida a notarios y autoridades judiciales y administrativas. Los documentos presentados por telefax se asentarán en el Diario de acuerdo con la regla general a excepción de los que se reciban fuera de las horas de oficina, que se asentarán el día hábil siguiente, inmediatamente después de la apertura del Diario, simultáneamente con las demás que hubieran ingresado de igual forma o se presenten físicamente a esa misma hora y en ambos casos en atención a lo previsto por el artículo 422 del Reglamento Hipotecario en relación con la presentación simultánea de títulos.

– **Por vía telemática o electrónica.** Como la anterior modalidad, la electrónica se encuentra restringida directamente a los particulares, que solo podrán beneficiarse de la celeridad de sus efectos a través de la «intermediación» del autorizante (notario) del pertinente título. A estos efectos, la comunicación electrónica vendría a asegurar un acuse de recibo digital mediante un sistema de sellado temporal acreditativo del tiempo exacto con expresión de la unidad temporal precisa de presentación del título, dispone el artículo. De tal manera que, si el título ingresa en horas de oficina, el registrador procederá conforme a las pautas generales, pero si lo hace fuera de horario, el asiento de presentación se despachará en el día hábil siguiente aunque, a diferencia de lo que se dispone para los títulos presentados por telefax, según el riguroso orden de presentación que acreditará el sellado temporal referido.

• Al objeto de la inscripción en el Registro, se precisa del pertinente *instrumento público* (notarial, judicial o administrativo) que acredite el título que se presenta. A partir de la regla general del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el Registro vendría a abrir sus puertas casi en exclusiva a los instrumentos públicos, independientemente de su origen notarial (escritura pública), judicial o administrativo; por definición, instrumentos de carácter auténtico y fehaciente en cuanto hacen plena prueba del hecho que motiva su otorgamiento, de las declaraciones contenidas y de la fecha señalada de formalización.



- En cuanto al contenido de los títulos registrables, constituye materia inscribible cualquier derecho real por el hecho de serlo, esto es, por el hecho de conferir un poder directo sobre la cosa. En cambio, las relaciones obligatorias, aquellas donde el objeto inmediato consiste en la prestación a cargo de un sujeto especialmente obligado, por más que el objeto de esa prestación (objeto mediato, por tanto, de la relación) sea inmobiliario, no serían por principio inscribibles. Se dice «por principio» porque frente a las relaciones reales que encontrarían abierto en bloque el Registro, las relaciones personales podrán hacerlo no obstante, pero siempre que exista, cual excepción, una previsión específica habilitante.
- La calificación registral se define como «el examen, censura o comprobación que hace el registrador de la legalidad de los títulos presentados, antes de proceder a su registración, accediendo a ello si fuera procedente y denegando o suspendiendo la inscripción cuando no estén arreglados a Derecho» (Roca Sastre). Sobre ella, la norma fundamental se encuentra en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por el cual se establece que «los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». A partir del precepto, puede desgranarse el ámbito de la calificación registral en torno a tres dimensiones que funcionan en unidad de acto. Son las siguientes:

  – **Formal.** En un primer término, la calificación se extiende en torno a las *formas extrínsecas del documento*, esto es, al componente externo de los documentos, a sus aspectos formales; así, su autenticidad, la competencia del notario o funcionario autorizante, los requisitos que se exigen por ley para que esté válidamente constituido u opere frente a terceros, la falta de descripción de datos que hayan de plasmarse en el asiento que se pida, etc.

  – **Sustantivo.** Pero escasa proyección tendría el principio de legalidad, la calificación registral, si no pudiera despacharse sobre la validez intrínseca de lo acordado: se rebajaría, entonces, a una suerte de ratificación de lo autorizado antes por el notario. El registrador no se limita, ni puede, al estudio de lo formal, pues son graves los efectos que la inscripción ha de producir. La calificación, pues, alcanza toda su grandeza en esta segunda dimensión, contemplada en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuando alude a la *validez de los actos dispositivos.*

Controlará el registrador, así, la corrección del título en cuanto a su causa, objeto y consentimiento (con inclusión aquí de la cuestión relativa a la capacidad de las partes). La única salvedad que habría en este sentido sería de orden funcional, en cuanto los aspectos susceptibles de control han de reflejarse explícita o implícitamente en el documento, quedando excluidas, por ejemplo, las causas de nulidad detectables mediante prueba ajena al título. A esta segunda dimensión del control registral correspondería igualmente la verificación de la trascendencia jurídico-real de la figura acordada, atento lo expresado sobre el concepto.

– **Registral.** Por supuesto, el registrador tiene que comprobar en todo caso que no existe obstáculo registral para la inscripción del título presentado. Se trata de un condicionante esencial a la dinámica del Registro, a la congruencia del orden jurídico registral. La matriculación previa de la finca, la titularidad registral de quien en el título aparece como disponente o la inexistencia de un título de fecha igual o posterior con el que el presentado fuera opuesto o incompatible, constituirían destacadísimos ejemplos.

- El plazo para que el registrador califique y, si procede, inscriba el título es de 15 días hábiles contados, por principio, desde la presentación del documento. Si trascurre el plazo sin que se despache, el interesado tendrá la opción de requerirle para que lo haga en el término improrrogable de tres días o de proceder a que otro registrador, de entre el cuadro de sustituciones previsto al efecto, se encargue. Si optando por la primera alternativa, el registrador aún no se despachara en ese término de tres días, el interesado todavía podría instar la aplicación del referido cuadro de sustituciones.
- El mínimo respeto al principio de prioridad exige que los asientos se vayan realizando conforme al orden de presentación de los títulos que publican. El exacto orden de su presentación será, por tanto, el orden a mantener en la calificación de los títulos, si no se quiere evitar que el título posterior acabe despachándose antes o que la lectura del folio sea poco clara, menos fiable. No obstante, se admiten lógicas excepciones. Así, en primer lugar, el registrador deja de estar obligado en su calificación por la fecha del asiento de presentación cuando los títulos han invertido con la entrada en el Registro su orden lógico de relación. Con tal medida se busca articular, hacer coincidir, los intereses manifestados por las partes en esos documentos. En segundo lugar, se admite la inversión del orden legal de presentación cuando el segundo título haya de producir la cancelación del primero.



- En sus efectos, se ha de distinguir según la calificación sea conforme a la petición de inscripción o no.

  Si la calificación es positiva, el registrador hará la pertinente inscripción, despachará el asiento solicitado en el folio del inmueble, expresando en la que viene a llamarse «nota de despacho», al pie del título, los datos identificadores del asiento practicado. Cuando el estado registral de titularidad o cargas fuere discordante con el reflejado en el título, librará además nota simple informativa para que el presentante pueda conocer cuanto antes de esa contrariedad o divergencia.

  Si la calificación es negativa, siquiera en relación con alguna cláusula, parte o disposición del título, se emitirá por escrito firmado por el registrador y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de Derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente.

  La calificación negativa procede, pues, cuando no se hayan cumplido con los recaudos legalmente establecidos, el título sea defectuoso o haya algún otro factor que lo impida. Según la gravedad de estos defectos, faltas u obstáculos registrales, aún cabría distinguir dos situaciones: aquellas en que tales defectos sean de tal envergadura a juicio del registrador que impliquen la necesidad de rechazar, *denegar* directamente la inscripción o motivo de inscripción pretendido, y aquellas otras donde, por ser esos defectos u obstáculos salvables, se admite una suerte de *suspensión* de la inscripción a fin de conceder al peticionario un cierto margen temporal para que efectivamente los corrija o subsane.

  En tal sentido, el artículo 19 de la Ley Hipotecaria dispone que cuando el registrador notare algún defecto subsanable, lo manifestará, en su despacho de calificación, a los que pretendan la inscripción, para que, si quieren, recojan el documento y subsanen la falta durante la vigencia del asiento de presentación (prorrogado, como sabemos, en 60 días a contar desde la notificación de la calificación, calificación que no deja de ser negativa por más que los defectos se hayan apreciado subsanables por el registrador). Si en ese tiempo no subsanaran la falta a satisfacción del registrador, la calificación devendrá en definitiva (que no firme, pues esto dependerá de que renuncien a interponer el recurso que corresponda), sin perjuicio de que, antes de concluir ese plazo, los interesados puedan solicitar la anotación preventiva que para el supuesto se dispone.

- La calificación negativa supondrá la prórroga automática del asiento de presentación por 60 días contados desde la última notificación que de ella efectúe el registrador a los interesados, con el fin de que cuenten con tiempo para preparar y presentar, en su caso, el recurso que corresponda (art. 323 de la LH). En cuanto a la notificación, deberá hacerse al presentante y al notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido. La notificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, admitiéndose la practicada por vía telemática si el interesado hubiera optado por esta vía al tiempo de la presentación del título (art. 322 de la LH).
- Frente a una calificación negativa, disponen los interesados (que no el mero presentante), además de la oportunidad de subsanar los defectos cuando hayan sido observados como subsanables, de las siguientes posibilidades:
  - Instar una nueva calificación ante otro registrador o calificación sustitutoria.
  - Recurrir la calificación, sea ante la Dirección General o el órgano jurisdiccional competente de la comunidad autónoma que tenga atribuido el conocimiento de estos recursos en su estatuto, sea ante la jurisdicción civil por los trámites del juicio verbal.
  - Atacar directamente el motivo de fondo por el que no se haya inscrito el título ante los tribunales de justicia.
- En primer lugar, existe la posibilidad de que el interesado interese la aplicación del cuadro de sustituciones aprobado por la Dirección General de los Registros y del Notariado a tales efectos (art. 19 bis de la LH). En ese cuadro, cada Registro cuenta asignados los titulares de seis Registros de la misma provincia o provincias limítrofes, nunca de la misma localidad o plaza, que se turnarán al objeto de calificar y, en su caso, despachar los documentos presentados en aquel llegado el supuesto que se refiere.

  Previsto asimismo para cuando, cumplido el plazo para inscribir e interpelado por el interesado, el registrador no emita su calificación, el derecho a que otro registrador pueda calificar el documento puede ejercerse en los 15 días siguientes a la notificación de la calificación negativa, mediante la aportación al registrador sustituto del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria.



Si el registrador sustituto calificara positivamente el título, ordenará al registrador sustituido que extienda el asiento solicitado, remitiéndole el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse aquel, junto con el testimonio íntegro del título y documentación complementaria. Extendido el asiento, el registrador sustituido lo comunicará al registrador sustituto y devolverá el título al presentante con nota al pie del mismo, extendida conforme a la legislación hipotecaria. En cambio, si lo calificara negativamente, devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, recurso que deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad.

- Por tradición, el trámite de revisión registral previsto contra la negativa, total o parcial, a inscribir del registrador recibe el nombre de recurso gubernativo, que ha de interponerse ante el Registro que haya calificado, aunque puede hacerse también en los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 o en cualquier Registro de la Propiedad para que sea inmediatamente remitido al registrador cuya calificación se recurre. Para su resolución, el órgano competente es la Dirección General de Registros del Notariado o el que en la respectiva comunidad autónoma haga sus veces (así, en Cataluña, a la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas).
- Asimismo, las calificaciones negativas del registrador y, en su caso, las resoluciones expresas o presuntas de la Dirección General con motivo del recurso gubernativo serán directamente recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal. La demanda ha de interponerse ante los juzgados de la capital de la provincia donde se ubique el inmueble, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la calificación o, en su caso, de la correspondiente resolución de la Dirección General (tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de cinco meses y un día).
- Finalmente, los interesados, además de recurrir contra la calificación por la que se suspenda o deniegue la inscripción, podrán «acudir, si quieren, a los tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos». El ejercicio de esta acción difícilmente puede equipararse a las otras dos alternativas hasta aquí analizadas. A su través, no se impugna la calificación, sino la causa «de fondo» por la que a la postre se haya desestimado la inscripción. El procedimiento se desarrolla al margen de las instancias registrales, por los trámites del juicio declarativo que corresponda y sin que el registrador sea parte.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Explica los caracteres de la función registral.

Enunciado 2

¿Cómo se garantiza, se preserva, el rango de un título que ha sido calificado negativamente por el registrador mientras se ventila el recurso que haya presentado el interesado contra la calificación?

Enunciado 3

¿En qué consiste el recurso gubernativo y cuáles son las líneas maestras de su procedimiento?

Enunciado 4

Diferencia entre el juicio verbal registral y el llamado recurso judicial.



Solución 1

Son los siguientes:

- Es una función de control pero a la vez creadora. En su actuación, el registrador interpreta, califica y establece consecuencias jurídicas.
- Es una función independiente. El registrador de la Propiedad, al ejercer su función, al calificar un título, se convierte en «autoridad» única que decide por sí y ante sí, bajo su exclusiva responsabilidad, si el acto resulta o no inscribible. Vista desde el lado de los particulares, la independencia del registrador se cifra en su imparcialidad, de la que, a su vez, surge como correlato la imposibilidad que tienen los interesados de elegir registrador. Será competente para la inscripción el encargado de la oficina donde se lleve la publicidad de la finca por el criterio único de su localización, de su ubicación geográfica.
- Es una función de carácter responsable. El registrador se hace responsable, profesional y patrimonialmente, de las consecuencias de su actuación calificadora, sin que su responsabilidad derive, se comunique, como ocurre con carácter general con los funcionarios públicos, al Estado.
- Es una función individual. La calificadora se trata de una función de ejercicio unipersonal, que no se comparte. Los Registros en nuestro país no se llevan colegiadamente.
- Es una función inexcusable. La calificación es un acto necesario, no pudiendo alegarse por el registrador oscuridades legislativas, existencia de lagunas, etc. A la par que ineludible, es un deber indelegable, por cuanto la calificación solo puede realizarse por el registrador que esté a cargo de la oficina registral de que se trate, o quien por sustitución o interinamente haga sus veces.

Solución 2

A través del asiento de presentación y de las distintas prórrogas que para el asiento se establecen; primero, por 60 días tras la calificación negativa al objeto de poder interponer el pertinente recurso en un plazo prudencial de tiempo; segundo, hasta que el recurso planteado se resuelva. De esta manera, se garantiza, con pleno conocimiento de

terceros (los cuales quedarán anoticiados por la imprescindible nota a practicar al margen del asiento de presentación con motivo de cada una de esas prórrogas), que si la Dirección General o el juez de turno terminan por revocar la calificación, la inscripción del título se retrotraiga al mismo momento de su presentación, sin que el trámite recursivo acabe perjudicándole en su prioridad.

Solución 3

El recurso tradicional contra negativa, total o parcial, a inscribir del registrador es el gubernativo, llamado así porque se resuelve por la Dirección General, órgano dependiente del Ministerio de Justicia y, por tanto, del Gobierno.

El recurso deberá interponerse en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la calificación ante el Registro que haya calificado, aunque puede hacerse también en los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común o en cualquier Registro de la Propiedad para que sea inmediatamente remitido al registrador cuya calificación se recurre.

El registrador podrá, a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas, rectificar la calificación en los cinco días siguientes a que hayan tenido entrada en el Registro los citados escritos, accediendo a su inscripción, en todo o en parte, en los términos solicitados. En cambio, si mantiene la calificación, formará expediente conteniendo el título calificado, la calificación efectuada, el recurso, su informe y, en su caso, las alegaciones del notario, autoridad judicial o funcionario cuando no sean los recurrentes, remitiéndolo, bajo su responsabilidad, a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en Cataluña, a la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas) en el inexcusable plazo de cinco días contados desde el siguiente al que hubiera concluido el plazo indicado en el punto anterior.

La Dirección General resolverá en el plazo de tres meses computados desde la interposición del recurso. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar.

En sus efectos, si se estima el recurso, el registrador practicará la inscripción conforme a las indicaciones dadas por la Dirección General en su resolución; en caso contrario, se mantendrá la calificación.



Solución 4

Mientras que el juicio verbal registral se trata del recurso a interponer y ventilar ante las autoridades civiles, ceñido, por tanto, a los motivos de la calificación del registrador, el llamado impropiamente recurso judicial no es un recurso registral, ni recurso de tipo alguno. Se trata de un procedimiento absolutamente independiente de la dinámica registral que podrá utilizarse, es verdad, para impugnar o superar los obstáculos advertidos por el registrador en su calificación, pero la resolución que en él se adopte no supondrá, no se limitará a disponer el mandamiento revocatorio de la nota de calificación como en aquel. Antes bien, la sentencia en este juicio común será título inscribible susceptible de una nueva e independiente calificación.



EJERCICIOS VOLUNTARIOS

Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:

Enunciado 1

Presentado el 18 de abril en el Registro mandamiento para la práctica de anotación preventiva de embargo sobre una finca, se suspende por el registrador por el siguiente defecto:

> «La finca cuya anotación se ordena consta transmitida a tercero, estando la inscripción de la respectiva compraventa suspendida con fecha 15 de febrero y habiéndose interpuesto por el comprador recurso gubernativo contra esa calificación el 10 de marzo».

Por ser dato de interés, se indica que la notificación de la calificación al comprador habría tenido lugar el día 16 de febrero.

a) ¿Es correcta la calificación efectuada por el registrador de la anotación de embargo solicitada?

b) ¿En qué variaría el supuesto si el recurso gubernativo que se refiere se hubiera interpuesto el 10 de abril?

Enunciado 2

Se presenta en el Registro título de compraventa por el que Juan, titular registral, transmite la propiedad de un inmueble a Pedro.

A los 12 días, se califica el título denegándose su inscripción por constar presentado un embargo ordenado en juicio ejecutivo seguido contra Juan del que no se hace referencia ninguna en la escritura de la compraventa, donde el bien se dice transmitir libre de cargas y gravámenes.

a) ¿Cuál de los dos títulos debe registrarse primero?

b) ¿Resulta ajustada a Derecho la calificación del registrador?



Solución 1

a) Sí, ya que no puede inscribirse un título autorizado u ordenado contra el que ha dejado de ser titular según Registro. En este caso, la compraventa, mientras no haya caducado su asiento de presentación –que se encuentra prorrogado por el recurso gubernativo presentado en plazo–, goza de todos los efectos que le ha de conferir su inscripción definitiva en previsión de que esta tenga lugar finalmente.

b) Siendo así, el recurso no se habría presentado en plazo, ya que, tratándose del gubernativo, debe presentarse en el mes siguiente a la notificación de la calificación al interesado. Ante la interposición del recurso el 10 de abril, el registrador informará al recurrente de su presentación fuera de plazo y de las demás posibilidades vigentes al tiempo: presentar el recurso alternativo ante la jurisdicción civil (abierto hasta por dos meses), la acción civil ordinaria o, incluso, efectuar una nueva presentación del título para de tal modo conseguir una nueva calificación que poder impugnar en sede gubernativa.

   Así las cosas, al presentarse el mandamiento de embargo el 30 de abril, podrían darse dos situaciones: que cualquiera de aquellas alternativas reseñadas hubiera sido instada por el interesado, generando la prórroga del asiento de presentación inicial o un nuevo asiento de presentación a favor del título, según sea la concreta entre ellas; que no existiera noticia alguna de haber interpuesto el recurso o demanda civil referidas ni de la nueva presentación del título.

   Pues bien, en el primer supuesto, se llegaría a una solución similar a la del caso en su redacción originaria: la anotación de embargo se suspendería en tanto en cuanto se resolviera, registral o judicialmente, sobre el título precedente. En el segundo, en cambio, el embargo lograría anotarse sin mayores condicionantes, de modo que si la compraventa se presentara de nuevo en el Registro, el comprador quedaría afectado por el embargo.

Solución 2

a) Debe distinguirse si el embargo se ha presentado antes o después que la compraventa. Y es que en el supuesto solo se nos dice que «consta presentado» el embargo y ello referido al momento en que se califica la compraventa. De tal modo, si el embargo se ha presentado antes, no cabe duda de que será prioritario, mientras que si hubiera ingresado con posterioridad, la compraventa es la que gozaría de prioridad.

b) Aun distinguiendo entre ambos supuestos, el registrador no habría debido de rechazar, denegar la inscripción de la compraventa. Es muy evidente ello en el caso de que hubiera ingresado antes que el embargo. Pero también se habría equivocado si el embargo se hubiera anticipado, por cuanto la existencia de un embargo contra el titular registral que consta como vendedor en el título de compraventa no puede impedir que se inscriba la transmisión autorizada por aquel. Y si ello es así cuando el embargo se encuentra ya anotado, con más razón cuando simplemente consta presentado.

Advertido sobre el fondo del asunto, conviene concretar en el modus operandi del registrador:

- Si el embargo se hubiera presentado antes que la compraventa, lo que corresponde es que el oportuno mandamiento judicial se despache, se califique primero, para solo después hacer lo propio con la compraventa. Calificado positivamente el embargo, la compraventa podría inscribirse, calificarse a su vez positivamente, sin que la anotación del embargo haya de impedirlo.
- Si el embargo se hubiera presentado después, deberá el registrador calificar primero la compraventa, de suerte que siendo positiva su calificación, la calificación del embargo ha der ser necesariamente negativa, por cuanto el embargo se habría trabado contra quien ya no es, como consecuencia, titular registral.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

CHICO Y ORTIZ, J. M.ª: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 625, 1994, págs. 2.283 y ss.



GORDILLO CAÑAS, A.: «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: sistema español», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, págs. 527 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Derecho inmobiliario registral*, t. III bis, Barcelona, Bosch, 1984.

ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch (varios tomos y ediciones).

En la red

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «La calificación», ponencia presentada en el XVI Congreso Internacional de Derecho Registral (Valencia, 2008), en http://www.cinder.info/.

Avanzada

ARNAIZ EGUREN, R.: «Una reflexión personal sobre la función notarial en el tráfico sobre inmuebles: su relación con las distintas modalidades de organización de la seguridad preventiva», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 666, 2001, págs. 1.587 y ss.

COSSÍO Y CORRAL, A. de: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, Civitas, 1986.

IGLESIA MONJE, I. de la: *El principio de rogación y el procedimiento registral*, Madrid, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010.

MANZANO SOLANO, A.: *La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad*, Barcelona, Atelier, 1999.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «La función económica de los sistemas registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 2002, págs. 875 y ss.

UNIDAD DIDÁCTICA

9

LOS ASIENTOS REGISTRALES

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Tipología
    - 1.1. El asiento de inscripción
    - 1.2. El asiento de presentación
    - 1.3. Las anotaciones preventivas
        - 1.3.1. Concepto y elenco
        - 1.3.2. Comparación con el asiento de inscripción
    - 1.4. Las notas marginales
2. Especial consideración de las anotaciones judiciales más representativas
    - 2.1. La anotación preventiva de demanda
    - 2.2. La anotación preventiva de embargo
    - 2.3. La anotación de una prohibición judicial de disponer
3. La extinción de los asientos registrales
    - 3.1. La caducidad
    - 3.2. La cancelación
    - 3.3. La inscripción de transferencia
    - 3.4. La conversión



4. La inexactitud registral: causas y medios para su superación
    4.1. Error en el asiento
    4.2. Error en el documento
    4.3. Discordancia

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

EJERCICIOS VOLUNTARIOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

El bosquejo general sobre nuestro Derecho registral inmobiliario se concluye en esta Unidad didáctica con el tratamiento de los distintos asientos registrales. En este sentido, la distinción, a partir de su forma, función y efectos, de los tipos de asiento a los que se refiere la legislación, es el último paso necesario para terminar de comprender muchos de los aspectos analizados en las tres Unidades anteriores. E igual apreciación cabe hacer de la variada fenomenología de la inexactitud registral, así como de las variadas soluciones previstas para su superación, en su confrontación con los principios registrales, fundamentalmente con el de legitimación.



1. TIPOLOGÍA

En la legislación hipotecaria se aprecian cinco tipos básicos de asiento: el de inscripción, el de cancelación, el de presentación, la anotación preventiva y la nota marginal. Antes de aproximarnos a cada modalidad, convendría, para una mejor distinción, clasificarlos a la luz de sus principales características. Cabría hablar, así, de asientos principales o accesorios, de asientos positivos o negativos y de asientos temporales o definitivos.

- **Asientos principales y accesorios.** Son asientos principales los que manifiestan una mutación jurídica sobre un inmueble cuya publicidad requiere un tratamiento singularizado respecto a los demás que ya se encuentran registrados. Por el contrario, los asientos accesorios complementan y concretan otros anteriores, de tal manera que la información que estos ofrezcan quede exactamente precisada. Ejemplo de asiento accesorio lo constituyen las notas marginales, de signo esencialmente complementario o aclaratorio.
- **Asientos positivos y negativos.** La cancelación es el asiento negativo por excelencia, en cuanto su única finalidad es declarar la pérdida de vigencia de otro asiento anteriormente practicado. Mientras que el asiento de inscripción se encargaría, «en positivo», de hacer oponible la situación jurídica que publica, la cancelación negaría la continuidad de su eficacia registral frente a terceros.
- **Asientos temporales y definitivos.** Atendiendo a su duración, los asientos resultan temporales, si rigen durante un plazo determinado o determinable, o definitivos, cuando gozan de una vigencia temporalmente ilimitada. Desde luego, ha de entenderse que el carácter definitivo de un asiento no empece la posibilidad de que sea cancelado posteriormente. El asiento de presentación y las anotaciones son temporales. En cambio, la inscripción, la cancelación y las notas marginales se muestran, por principio, definitivas.

A continuación se desarrollan los distintos asientos del Registro, con la advertencia de que del de cancelación, por su contenido y función, más que por sus aspectos formales, se tratará apropiadamente en el epígrafe que en esta Unidad se dedica a los medios extintivos de los asientos.

1.1. EL ASIENTO DE INSCRIPCIÓN

El de inscripción es el asiento por excelencia. Por ello, se ha venido utilizando hasta aquí como sinónimo de toda clase de asiento. Se despacha tras la calificación del documento por parte del registrador, lo cual lo distingue del asiento de presentación. De las anotaciones preventivas, difiere en la naturaleza no precautoria, cautelar o transitoria del mismo acto o derecho publicado, y de la cancelación en su alcance positivo. Por último, de las notas marginales varía en cuanto a la condición de asiento principal que ostenta.

En cuanto a su contenido, en cada inscripción que se haga en el Registro se expresarán, conforme al artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que es desarrollado por el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, las circunstancias siguientes:

- La descripción física de la finca (naturaleza, linderos, superficie, referencia catastral, etc.).
- La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título.
- El derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.
- La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.
- La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.
- El título que se inscriba, su fecha y el tribunal, juzgado, notario o funcionario que lo autorice.
- La fecha de presentación del título en el Registro y la de la inscripción.
- La firma del registrador, que implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado.

1.2. EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN

El asiento de presentación se encarga, como sabemos, de dar inicial constancia de un título en el Registro. Se realiza en el Libro Diario.

Si alguna característica destaca del asiento de presentación es su marcada temporalidad. El asiento rige en tanto en cuanto no se despache en relación con el mismo título un nuevo asiento, y ello con prescindencia de que ese nuevo asiento haya de retrotraer



sus efectos a la fecha en que haya ingresado el documento. En otras palabras, siempre que el registrador califique un título, el asiento de presentación cederá su lugar al que practique como resultado.

1.3. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

1.3.1. Concepto y elenco

Dice el artículo 42 de la Ley Hipotecaria que:

> «Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:
>
> 1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.
>
> 2.º El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.
>
> 3.º El que en cualquier juicio obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual debe llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
>
> 4.º El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.
>
> 5.º El que propusiese demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número 4 del artículo 2 de esta ley [incapacitación o modificación del estado civil del titular registral].
>
> 6.º Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.
>
> 7.º El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría.
>
> 8.º El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.

9.º El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por algún defecto subsanable, por imposibilidad del registrador o cuando este inicie de oficio el procedimiento de rectificación de errores que observe en algún asiento ya practicado en la forma que reglamentariamente se determine.

10.º El que en cualquier otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en esta o en otra ley».

En función de la lista contenida en el precepto, que en todo caso se estima tasada, cerrada, señala Díez-Picazo que se hace muy difícil dar un concepto de la anotación preventiva que abarque todos los supuestos en los que este asiento está permitido legalmente, destacando como notas mínimas de carácter general el ser asientos de vigencia temporal limitada, con efectos menos amplios que los de las inscripciones y tendentes a enervar la eficacia de la fe pública registral que en otro caso se produciría en favor de terceros adquirentes. Su objeto, considera el citado autor, son derechos y situaciones jurídicas que no son directamente inscribibles, bien por no constituir verdaderos y genuinos derechos reales o bien porque son situaciones puramente transitorias.

1.3.2. Comparación con el asiento de inscripción

Podemos encontrar diversos caracteres diferenciales entre las inscripciones y anotaciones preventivas, que determinan a la postre su distinta naturaleza y régimen. Son los siguientes:

- En primer lugar, las inscripciones se numeran correlativamente con guarismos y las anotaciones se ordenan mediante letras. En las primeras se expresa que el título queda inscrito y en las segundas que queda anotado.
- En segundo lugar, las inscripciones se practican en relación a derechos, a situaciones de ordinario perfeccionadas, consolidadas; las anotaciones, en cambio, constatan derechos o situaciones que no tienen este carácter por imperfecciones o particularidades del derecho o título.
- En tercer lugar, mientras que las inscripciones son asientos definitivos y permanentes, siendo su duración ilimitada, las anotaciones son asientos temporales que caducan o se convierten en inscripciones, cancelaciones, notas marginales e incluso en otras anotaciones. De otro modo: la anotación preventiva tiene como tal asiento una situación llamada a desaparecer, en tránsito a otra a la que aspiran.



1.4. LAS NOTAS MARGINALES

En los libros del Registro, al margen de los asientos que en su cuerpo se insertan, se consignan determinados hechos, derechos, circunstancias, advertencias y referencias mediante el asiento al que se denomina nota marginal. Su nombre expresa, como señala Lacruz en la exposición que seguiremos en este epígrafe, su característica formal más notable: el practicarse en un margen que a tales efectos se contiene en cada folio (arts. 365 y 366 del RH).

Advertido ello desde el plano de lo formal, lo que caracteriza funcionalmente a las notas marginales de un modo general es cierta relación de dependencia (accesoriedad) con el asiento a cuyo margen se practican. Se trata de un asiento muy simple en su contenido y que sirve para enlazar unos asientos con otros, matizar el contenido publicado a través del asiento de que se trate o hasta darlo por extinguido, en aquellos pocos casos donde se prescribe que la cancelación no se haga a través del asiento homónimo, sino de una nota marginal.

Las distintas notas marginales previstas en la legislación hipotecaria pueden clasificarse en los tres siguientes grupos:

- **Notas marginales de modificación jurídica.** Estas notas dan fe de un acontecimiento (un hecho, la celebración de un negocio jurídico, un determinado acto judicial) que impulsa o determina un cambio real, o influye sobre un proceso o procedimiento encaminado a dicho cambio, o advierte de una transformación en la condición de la finca inmatriculada, sin que el acto o hecho publicado sea, por sí, materia de un asiento principal.

EJEMPLO 1

Así, el cumplimiento de una condición suspensiva, que no hace sino confirmar y convertir en definitiva la titularidad condicional contenida en el asiento principal, se hará constar mediante nota al margen de este asiento (arts. 23 de la LH y 56 del RH).

Igualmente, en la expedición de certificaciones a los efectos de la subasta judicial de bienes (arts. 656.2 y 688 de la LEC) se hará oportuna referencia a través de una nota. Esta informará a quien adquiera algún derecho con posterioridad de la inminencia de la subasta, pudiendo, para evitar la cancelación de su derecho, satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, y quedando subrogado en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho (arts. 659 y 689 de la LEC).

- **Notas sucedáneas de asientos principales.** Son excepcionales. En este segundo grupo se incluyen las notas destinadas a recoger contenidos que si bien habrían de revestir normalmente la forma de inscripción, sin embargo, por disposición expresa de la ley, se vierten en la más simple de la nota marginal.

EJEMPLO 2

Así, la nota que se despache respecto del derecho de retorno arrendaticio hace las veces de inscripción, en cuanto refiere un derecho, personal, es cierto, pero autónomo. Sin esa nota al margen de la inscripción de dominio, no podrá perjudicar al tercer adquirente de la finca que se reedifique (art. 15 del RH). También, las notas marginales que se disponen con efectos extintivos, cancelatorios, como la referida en los artículos 190 o 435 del Reglamento Hipotecario.

- **Notas marginales de oficina.** Se prevén, en tercer lugar, ciertas notas cuya finalidad no es otra que relacionar y coordinar con brevedad unos asientos con otros, facilitando así el manejo de los libros del Registro. Se caracterizan puntualmente por practicarse de oficio por el registrador en cumplimiento de preceptos legales o más frecuentemente reglamentarios.

EJEMPLO 3

Así, la nota que se pone al margen del asiento de presentación indicando el tomo y el folio en que se haya practicado la inscripción solicitada para el título presentado (art. 250 de la LH); o las que han de extenderse en los casos de agrupación y segregación de fincas (arts. 45 y ss. del RH).

2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS ANOTACIONES JUDICIALES MÁS REPRESENTATIVAS

Se atiende a continuación al régimen de las anotaciones preventivas de demanda, embargo y prohibición de disponer, cuyo tratamiento presenta un gran interés práctico.



2.1. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA

Siendo la primera a la que se refiere en su orden el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, a través de la anotación preventiva de demanda se declara la existencia de una contradicción sobre la titularidad y contenido que publica el Registro; por ejemplo, por haberse presentado una acción reivindicatoria sobre el inmueble o de nulidad del título de transferencia. Se trataría de anticipar en su registración la probable estimación de la pretensión judicial ejercitada.

Precisiones

Como gráficamente expresa Capó Bonnafous, «desde que se presenta la demanda hasta la terminación del litigio ha de transcurrir forzosamente algún tiempo. Esta duración del proceso, siendo ciertamente una necesidad, se presenta también como un inconveniente. El actor ve demorada la realización de la pretensión llevada por él a juicio. Siendo la demanda el acto mediante el cual el actor hace patente su voluntad de invocar la actuación del órgano jurisdiccional del Estado para la obtención de un bien que la ley le reconoce frente al demandado, con su sola presentación el demandante ha desarrollado ya por completo su voluntad de obtenerlo; y a este momento debe referirse el efecto de la posible sentencia que se lo reconozca. De lo contrario, de comenzar los efectos de la sentencia respecto a la prestación el día de la sentencia misma, se causaría al demandante un perjuicio inmotivado».

Y es que «si la ley no concediese medios para hacer constar en el Registro el mero hecho de presentación de la demanda, el juego del principio de publicidad negativa podría afectar a la posibilidad de la ejecución de la sentencia. La transmisión inscrita del inmueble o derecho real litigioso, con buena fe en el adquirente, determinaría en el sucesor a título particular la adquisición de la posición jurídica de tercero respecto a la relación debatida. Con ello, indudablemente, se facilitaría al demandado una absoluta e injusta posibilidad de anular prácticamente los efectos de la sentencia».

Con tal función, pues, puede solicitarse al juez que acuerde la anotación expidiendo el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad donde se lleve la publicidad del inmueble. Y podrá solicitarse tanto por el que ejercita una acción real como por el que actúa en virtud de un simple derecho personal, con tal de que en este segundo caso la eventual sentencia estimatoria conduzca a una modificación jurídico-real. La anota-

ción de demanda no puede utilizarse, por tanto, cuando la sentencia estimatoria haya de traducirse en el pago de una cantidad de dinero, pretensión para la cual se encontraría prevista justamente la anotación preventiva de embargo.

En cuanto a los efectos de la anotación preventiva de demanda, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- En tanto se dicte sentencia, la anotación sirve de aviso a quienes deseen adquirir los bienes afectados por la anotación, de que su adquisición quedará subordinada a la misma. Como ocurre con el común de las anotaciones preventivas, la anotación de la demanda no impide que se disponga del bien anotado ni que se practiquen asientos posteriores (art. 71 de la LH).
- Si se dicta sentencia estimando la demanda, la ejecutoria será título bastante para practicar el asiento que corresponda, cuyo contenido habría sido precisamente anunciado por la anotación. La prioridad del derecho declarado en la sentencia será la de la presentación de la anotación de la demanda siempre que no se haya dejado esta caducar.

Precisiones

Véase sobre el particular lo que más adelante se señala sobre el instituto de la conversión.

- Si la sentencia desestima la demanda, deberá cancelarse la anotación. La anotación se cancelará igualmente si el actor desiste de la demanda o deja caducar la instancia.

2.2. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Cuando un bien resulta embargado, queda afectado a garantizar el cumplimiento o ejecución de una futura condena pecuniaria. En cuanto medida cautelar, y a diferencia de la anotación preventiva de demanda, el embargo existe sin necesitar antes de que se anote y aunque nunca se anote, a reserva, claro está, de su inoponibilidad frente a aquellos que no sepan ni hayan podido saber de su existencia, inoponibilidad que por tratarse de un acto judicial sin mayor correlato posesorio hace que en muy pocos casos pueda rebatirse.



Referida en los ordinales segundo y tercero del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, el fundamento de la anotación preventiva de embargo radica, pues, en impedir que el deudor embargado disponga como libre del inmueble impidiendo que no existan bienes suficientes en su patrimonio al tiempo de ejecución.

La anotación, además, presenta para el anotante una segunda virtud, al conferirle preferencia para el cobro sobre el importe que se obtenga a raíz de la enajenación judicial del bien o derecho embargado, frente a los acreedores cuyos créditos sean de fecha posterior a la anotación (art. 44 de la LH en relación con el art. 1.923 del CC). Por la anotación, consecuentemente, el crédito quirografario pasaría a reputarse privilegiado respecto de estos otros créditos, aunque fuesen privilegiados.

EJEMPLO 4

Así, ante la ejecución del inmueble, el crédito anotado será pagado con preferencia al del acreedor cuya hipoteca haya llegado al Registro después.

Por su doble condición, de garantía real y causa de privilegio, es por lo que informalmente se alude a las anotaciones de embargo como «hipotecas judiciales», anotaciones para las que, como las hipotecas, es preciso que se especifique la obligación que habría dado lugar al embargo (y que quedará garantizada mediante el derecho embargado como consecuencia) junto a su importe (art. 72 de la LH).

En relación con los aspectos sustanciales que plantean las anotaciones de embargo, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿qué sucedería si el título que ingresa con posterioridad en el Registro no fuera de naturaleza crediticia sino traslativa, esto es, si la propiedad del inmueble hubiera sido transferida al tiempo de anotarse el embargo a un tercero que todavía no hubiera llevado su título a las oficinas registrales?

Evidentemente, el título traslativo podrá inscribirse, pues si la anotación preventiva no cierra el Registro a disposiciones ulteriores, con más razón a las que se hayan formalizado con anterioridad. Pero esto que hace al tratamiento registral de la situación, no hace que el embargante se imponga *civilmente*, –valga la expresión– sobre el adquirente. Al menos, así lo entiende la jurisprudencia. En esta dirección, el Tribunal Supremo viene repitiendo que «el favorecido por la anotación, no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de

la Ley Hipotecaria, y solo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no están inscritos, ni atribuya por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes» (SS. de 14 de diciembre de 1968 y de 4 de noviembre de 2005, entre otras muchas). Luego la anotación preventiva de embargo no alteraría la situación jurídica existente tanto respecto a los créditos ya contraídos por el deudor embargado como a los actos dispositivos que haya otorgado anteriormente, por más que no se hubiesen registrado.

Visto de otro modo: el embargo solo podría tener por objeto aquellos bienes que sean propiedad actual del embargado. Y ello, pese a todo, sería coherente con los principios registrales, en cuanto el verdadero propietario al tiempo de trabarse el embargo tendría la carga de impugnar el dominio todavía declarado por el Registro en favor del embargado, para lo cual establecería el ordenamiento el expediente de a tercería de dominio.

Reiterando, por su importancia, la idea, el titular del embargo no gozaría «de la condición de tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no habría adquirido en las condiciones por él definidas ningún derecho real sobre la cosa y, en consecuencia, si la cosa se demuestra que no pertenece al titular registral es posible que su propietario obtenga resolución judicial que le tenga por tal aun con base en documento privado, pues todo documento privado es apto para, en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito» (STS de 19 de noviembre de 1992).

2.3. LA ANOTACIÓN DE UNA PROHIBICIÓN JUDICIAL DE DISPONER

Frente a las anotaciones de demanda y de embargo, sometidas en su régimen, a partir del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, a la posibilidad de disponer del objeto anotado, las prohibiciones de disponer anotadas no se muestran permeables a la inscripción de otros títulos de constitución voluntaria durante su vigencia. Antes que de cierre, se debe hablar para ellas de un auténtico «bloqueo registral», pues los negocios convenidos en contravención de una prohibición judicial anotada se consideran nulos de pleno Derecho, no pudiendo en consecuencia registrarse.

Pero puede ser que el negocio jurídico haya sido convenido con fecha anterior a la propia anotación de la prohibición de disponer judicialmente adoptada, esto es, que el demandado en el juicio donde se haya resuelto esa medida cautelar haya dispuesto voluntariamente del bien cuando la anotación no constaba todavía en el Registro. Para



estos casos, la doctrina de la Dirección General permite que estos títulos anteriores a la anotación prohibitiva se inscriban pese a todo, alejándose de las pautas comunes que hacen al principio de prioridad registral (Resoluciones de 7 de febrero de 1959 y 8 de julio de 2010) y, más allá, a la oponibilidad-inoponibilidad, según el lado desde el que se vea, de los títulos en su relación con el Registro. Según esta doctrina, se estaría inscribiendo un título en abierta contradicción con la anotación obstativa, la cual, a pesar de haber ingresado con anterioridad, quedaría relegada frente al adquirente. Frente a ello no podría por tanto alegarse la anterioridad del título a la anotación, pues en el Registro es dato que no se ha de tener en cuenta en detrimento de la presentación de los títulos como criterio de determinación que importa. Si lo que se pretende es que no quede perjudicado quien haya adquirido el inmueble antes de registrarse la anotación, lo más coherente con los principios registrales (y con cuanto se ha visto para el caso tratándose de la anotación preventiva de embargo) sería remitirle ante el juzgado donde se hubiera adoptado la prohibición para que a través del oportuno expediente contradictorio pueda obtener el levantamiento de la medida.

3. LA EXTINCIÓN DE LOS ASIENTOS REGISTRALES

Al hablar de extinción de los asientos registrales se alude a su pérdida de eficacia. A tal fin, y a partir de los artículos 76 y 77 de la Ley Hipotecaria, debemos abordar hasta cuatro institutos: la caducidad, la cancelación, la inscripción de trasferencia y la conversión.

La caducidad se ampara en el transcurso del tiempo que se señala legalmente; la cancelación es el asiento específicamente previsto en la legislación para declarar la pérdida de vigencia de otro; la inscripción de transferencia supone la práctica de un nuevo asiento que deja inoperante, por cambio de titularidad en el derecho que publicaba, un asiento; finalmente, la conversión constituye la sustitución de un asiento por otro con aprovechamiento por parte de este de la prioridad de la anotación.

3.1. LA CADUCIDAD

La caducidad importa la ineficacia de un asiento registral por el mero transcurso de tiempo, razón que, por objetiva, posibilita que el registrador pueda observarla de oficio. La Ley Hipotecaria establece el instituto para el asiento de presentación y las anotaciones preventivas, por su carácter esencialmente temporal. Por principio, pues, no es causa de extinción de las inscripciones y las notas marginales.

No obstante, en el título constitutivo de un título que haya de generar un asiento de inscripción, las partes pueden someter el derecho de que se trate (no siendo el de dominio, que no lo permite) a un plazo concreto de ejercicio. Para estos casos, el artículo 177 del Reglamento Hipotecario dispone que los asientos respectivos caducarán transcurridos cinco años desde su vencimiento y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.

EJEMPLO 5

Constituye paradigmática expresión la opción de compra, para la cual no solo es facultativo, sino obligado, fijar un plazo de ejercicio, que no podrá exceder de los cuatro años (art. 14 del RH); pero entiéndase que este plazo es para el ejercicio del derecho no de caducidad del asiento a través del cual se publicará.

Precisiones

¿Cabría solicitar la cancelación del asiento sin esperar a que se cumplieran los cinco años que refiere el artículo 177 del Reglamento Hipotecario?

Por supuesto, pero, en tal caso, sería imprescindible, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, contar con el consentimiento de la otra parte; si este no se prestara a otorgarlo, podría pedirse la cancelación en juicio ordinario.

Volviendo a los asientos típicamente temporales, legalmente caducables, el asiento de presentación caduca cuando transcurre su plazo de vigencia, normal o prorrogado, sin que se haya despachado el documento o tomado anotación preventiva por defectos subsanables (art. 436 del RH). De practicarse el asiento solicitado, de calificarse el título positivamente, el asiento de presentación no caducará, sino que quedará cancelado por esa nota análoga a la de despacho –a aquella que pondrá al pie del título calificado– que el registrador debe hacer constar al margen del asiento en el Libro Diario (art. 435 del RH).

Por su parte, para las anotaciones preventivas rige el plazo de cuatro años –a contar desde la misma anotación y no, como es el principio en Derecho registral, desde que se hayan presentado–, salvo que la ley establezca un plazo inferior para la modalidad



de que se trate. Ejemplo de anotación preventiva con un lapso de duración inferior es la que se practique, a instancia del interesado, para la subsanación de los defectos advertidos en la calificación. Esta anotación por defectos subsanables o de suspensión caducará a los 60 días de su fecha, a reserva de que se prorrogue hasta 180 por justa causa y decisión judicial (art. 96 del RH).

Precisiones

En contra de la regla común del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, «la doctrina y la práctica registral han entendido siempre que el dies a quo para el cómputo de la caducidad de las anotaciones preventivas es la fecha de la misma anotación, y no la de presentación del título que dio lugar a ella, por el razonamiento concluyente de que, existiendo anotaciones preventivas, como las de suspensión, cuyo plazo de vigencia –60 días– es idéntico al del asiento de presentación, si las mismas se contaran desde este, carecerían de fundamento y efectos; teniendo en cuenta que el artículo 96 de la Ley Hipotecaria, al regular la caducidad de estas anotaciones, establece que caducarán a los 60 días "de su fecha", expresión idéntica a la que utiliza el artículo 86 de la misma ley, que establece el plazo general, ambas expresiones han de interpretarse de forma igual y, en consecuencia, entender que la fecha a que se refieren ambos preceptos es la de la anotación y no la del asiento de presentación» (Resolución de 5 de junio de 2000).

No obstante, las anotaciones preventivas de fuente judicial podrán prorrogarse por mandato de la autoridad que las hubiese decretado, por un plazo de cuatro años más, y siempre que el mandamiento ordenando la prórroga se presente en el Registro antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga, pudiendo practicarse sucesivas y ulteriores prórrogas en los mismos términos (art. 86 de la LH).

3.2. LA CANCELACIÓN

La cancelación es el acto registral formal, expreso por el que se declara la extinción de un asiento registral previo bien por extinción del derecho referido en el cuerpo del asiento, bien por nulidad del título o del asiento (art. 79 de la LH). De ordinario supone un acto de inscripción en toda regla, practicado, pues, en la sección o parte central del

folio, aunque en algunos casos la legislación dispone que la cancelación se practique a través de una nota marginal; así, por ejemplo, para la cancelación de un derecho real limitado extinguido con motivo de la adquisición de la propiedad por parte de quien hasta ese momento habría sido su titular (art. 190 del RH).

Se instrumentalice a través de un asiento principal o, más excepcionalmente, de uno accesorio, la cancelación se trata del medio de extinción común aplicable a todo tipo de asientos, no solo los definitivos, pues es en todo caso posible la declaración registral en cuanto a la extinción o nulidad de un título registrado a través de uno de esos asientos que hemos visto sujetos a un lapso de caducidad.

EJEMPLO 6

Así, el juez alzará el embargo, mandando la cancelación de su anotación, si el propietario logra evitar la enajenación forzosa del bien satisfaciendo voluntariamente el importe de lo debido.

Todavía más. Aun puede proceder la cancelación por causa de caducidad del asiento; en otras palabras, la cancelación y caducidad pueden concurrir en el supuesto, pues nada impide que se solicite la cancelación de un asiento ya caducado, algo que está implícito en la facultad que tiene el registrador de estimar de oficio la caducidad de los asientos temporales. Si es así, tal asiento seguiría siendo de cancelación, por constituir reflejo formal de un hecho (la caducidad) que habría tenido lugar con anterioridad y que por sí solo habría supuesto la extinción del asiento. Pero, obviamente, es tratándose de asientos no susceptibles de caducidad donde la cancelación presenta toda su virtualidad, apreciación desde la que ha de comprenderse cuanto sigue.

Precisiones

Es ahora que estamos en condiciones de distinguir entre causa y modo de extinción de los asientos registrales, de la mano de Prada Álvarez-Buylla.

La causa hace referencia únicamente al motivo o razón de una entidad y, en su consecuencia, refiriéndola a la teoría de la extinción de los asientos regis-

.../...



.../...

trales, su connotación queda limitada a los motivos por los cuales se produce la extinción. Mientras que el modo es la forma o manera en que se manifiesta la extinción. Instrumentando estas dos ideas dentro del sistema hipotecario podemos afirmar que la extinción de los asientos se inicia por la concurrencia de una causa de extinción, que produce el efecto típico de la extinción del asiento; pero esta extinción necesita una manifestación externa, una realidad que la haga visible y cognoscible por todos; esta manifestación externa es el modo de extinción.

De tal suerte, modos de extinción de los asientos registrales solo existirían los tres siguientes: cancelación, conversión e inscripción o anotación de transferencia. Causas, sin embargo, existirían muchas más en referencia a todos los supuestos de nulidad de asientos, caducidad, extinción de fincas o derechos inscritos, rectificación del Registro, etc.

Tomemos, a título de ejemplo, el supuesto en que la finca registral se haya extinguido, destruido por completo, tal y como refiere el artículo 79.1.º de la Ley Hipotecaria: veríamos en él una causa de extinción, la desaparición por completo del inmueble, siendo la extinción del asiento su consecuencia, la cual debería hacerse a través de un asiento de cancelación.

El artículo 82 de la Ley Hipotecaria es el precepto básico en la materia. Dice así:

> «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.
>
> Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.
>
> Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública, procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien esta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario.
>
> [...]

> A solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, podrá procederse a la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, para las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca».

Como surge del precepto, la intangibilidad de los derechos inscritos en los términos que se han visto en la Unidad 7 evita que la cancelación pueda ser instada por persona distinta a su titular, si no se cuenta con disposición judicial que lo autorice o no se trata de una causa de extinción objetiva (como el transcurso del tiempo en el usufructo, por ejemplo).

Desde una dimensión formal, por tanto, cuando el derecho a cancelar sea vitalicio, bastará con acompañar un certificado de defunción de quien había sido su titular. En el resto de los casos, se requiere de la presentación de escritura pública donde consienta la cancelación el titular del derecho extinguido. Si se niega a conceder su consentimiento, el interesado en la cancelación, por ejemplo, el deudor hipotecario que hubiera satisfecho todas las obligaciones a su cargo, podrá exigírselo judicialmente, siendo la decisión judicial que en su caso se adopte el título para la cancelación.

Finalmente, en relación con la hipoteca, vemos cómo el artículo 82 de la Ley Hipotecaria establece un último párrafo cuyo fundamento teleológico atiende a la conveniencia de liberar el gravamen, de obtener su cancelación, ante la previsión de que, cumplido el plazo de prescripción de la obligación garantizada, se haya cumplido con ella. El hecho de que tras 20 años (*cfr.* art. 1.964 del CC) el Registro no informe sobre la puesta en marcha del correspondiente juicio ejecutivo ni dé cualquier otra notica de que la hipoteca se halla vigente, estará indicando que el crédito se habría pagado convenientemente, sin que, empero, se hubiera dado el paso siguiente de su cancelación. El supuesto parece afín al de la caducidad, más allá de tratarse de un asiento de inscripción el que perdería sus efectos, además de que el registrador no podrá operar aquí de oficio, sin mediar solicitud de parte interesada.



3.3. LA INSCRIPCIÓN DE TRANSFERENCIA

La ineficacia que produce la llamada inscripción de trasferencia opera automática e implícitamente desde la inscripción del título que anuncia un cambio de titularidad en alguno de los derechos inscritos sin precisar de solicitud o mención registral específica. Por la simple lectura del folio se verá cómo el asiento anterior que manifestara un titular distinto al que por el nuevo se consagra habría quedado derogado.

3.4. LA CONVERSIÓN

En la legislación, la conversión solo se prevé en relación con las anotaciones preventivas (arts. 70 y 77 de la LH y 196 del RH, entre otros).

EJEMPLO 7

Si Pedro presenta acción reivindicatoria contra quien en el Registro aparece como dueño, la anotación preventiva que se despache quedará extinguida por conversión desde que se practique el asiento de inscripción con motivo de la eventual sentencia estimatoria que lo declare como propietario.

La operación de conversión produce dos efectos distintos: un efecto positivo, la creación de un nuevo asiento, y un efecto negativo, la extinción de un asiento previo, como se dice, de anotación. Pero en lo formal se trata de un complejo constituido por dos elementos: uno antecedente, el estado registral primitivo, y otro subsecuente, el asiento final. Esto quiere decir que se practicará un solo asiento, cuya información se dividirá entre el elemento antecedente, en el que constan todos los datos relativos a la finca, al derecho o pretensión jurídica, al titular, etc., y el elemento subsecuente, en el que se incluyen los datos de referencia al antecedente y la expresión formal de quedar convertido (Prada Álvarez-Buylla).

Precisiones

La conversión se muestra similar a la inscripción de transferencia en cuanto es con motivo de un nuevo asiento que se produce la extinción del anterior. Por ello, Díez-Picazo engloba ambos medios extintivos bajo un mismo título, «el de extensión de un asiento sustitutorio».

Contemplada así, la conversión cumple una importantísima función para la conservación de la prioridad cuando un interés jurídico, por su propia naturaleza (*v. gr.*, una medida cautelar) o defectos subsanables en el título donde se refiere, no resulta merecedor de una inscripción definitiva o del asiento que se solicita, respectivamente. Ajustándose siempre a los requisitos temporales estrictamente fijados en la normativa, la conversión se trata de una fórmula, una ficción legal, que sirve para explicar lo que sucede cuando, siendo dos los asientos sucesivamente implicados, el segundo trae causa del primero, aquel supone la continuación lógica de la pretensión anunciada por este.

Precisiones

La legislación refiere que por la conversión a la anotación le sucederá una inscripción «definitiva», pero ello no es del todo apropiado, pues el segundo asiento puede ser también de anotación, como ocurrirá cuando presentado un mandamiento judicial solicitando la anotación de una medida cautelar no se anote esta directamente por la existencia de algún defecto subsanable y se requiera de la anotación correspondiente por 60 días para su subsanación.

En todo caso, la conversión no será posible si el título anunciado como muy probable por la anotación se presenta una vez caducada esta, en cuyo caso no se aprovechará el interesado de la prioridad derivada de la anotación, sino de la común derivada de la presentación de ese su título, definitivo o subsanado, en el Registro.

Precisiones

Desde luego, expuesto hasta aquí el panorama del instituto, la cesión de la prioridad del asiento de presentación en favor del que se practique a resultas de la calificación del título presentado refleja una situación plenamente equiparable a la que manifiesta la conversión de las anotaciones preventivas.

4. LA INEXACTITUD REGISTRAL: CAUSAS Y MEDIOS PARA SU SUPERACIÓN

Se entiende por inexactitud (de los asientos) del Registro «todo desacuerdo que, en orden a los derechos inscribibles, exista entre el Registro y la realidad jurídica extra-



rregistral» (art. 39 de la LH). El concepto es de tal amplitud que incluye circunstancias tan diversas como:

- Los errores cometidos por el registrador al detallar las circunstancias del título.
- Las equivocaciones del notario o funcionario autorizante en la redacción del documento.
- La discordancia entre el titular que figura en el título y, luego, en el asiento, y el que lo es en verdad.

4.1. ERROR EN EL ASIENTO

Hay error en el asiento cuando en su confección el registrador se hubiera apartado de lo que constaba en el documento presentado. Los errores se distinguen según sean materiales o de concepto. Los materiales se producen cuando se escriben unas palabras por otras, se cambia el nombre de los titulares o se omite alguna circunstancia, sin que por ello llegue a alterarse el sentido y contenido del asiento de que se trate (art. 212 de la LH). Son conceptuales, en cambio, los errores cuya comisión supone una variación del tenor del título (art. 216 de la LH); por ejemplo, por omitirse en el asiento una condición resolutoria explícita.

EJEMPLO 8

Equivocarse al transcribir un apellido poniendo «Rodrigo» en lugar de «Rodríguez» es ejemplo de error material. También, por virtud del artículo 320 del Reglamento Hipotecario, la práctica de un asiento en el folio de una finca distinta de aquella en que debió despacharse.

En cambio, omitir algunas de las limitaciones impuestas al adquirente en el título se trata de un error de concepto; también practicar cancelación de una condición resolutoria cuando de la escritura que motivara el asiento solo deriva carta de pago de parte del precio aplazado, quedando pendiente el resto.

En cuanto a la rectificación de esta clase de errores, de los errores en los asientos, puede tener lugar de oficio o a instancia de parte. En primer lugar, resulta posible que el

registrador se percate del error en el mismo momento en que está redactando el asiento. En tal supuesto, se le permite subsanarlo sin extender otro asiento (art. 215 de la LH y 321 del RH). En los casos en que el asiento ya se haya firmado, se precisará, en cambio, de la expedición de un nuevo asiento, sin que sea necesaria la previa solicitud de los interesados si el registrador se percata de su error, **y este solo es material**, antes de devolver el respectivo título calificado (art. 213 de la LH). Si es después, cualquiera de los interesados que advirtiere en la inscripción un error de índole, se reitera, material, podrá pedir su rectificación al registrador acompañando el título (art. 328 del RH).

Si, en cambio, el **error es de concepto**, el registrador que teniendo el documento todavía en su poder creyera que de no rectificarlo se pudiera seguir perjuicio a alguna persona, convocará a todos los interesados en la inscripción equivocada a fin de manifestarles el error cometido y consultar su voluntad sobre la rectificación que proceda. Si todos comparecieren y unánimemente convinieren en la rectificación, se hará constar lo que acordaren en un acta que extenderá el registrador, firmándola con los interesados, y se verificará con arreglo a ella la inscripción que proceda (art. 326 del RH).

En materia de errores de concepto, el principio consiste, pues, en que no cabe la rectificación «sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, o una providencia judicial que lo ordene» (art. 217 de la LH). Lo más normal, en este sentido, es que sea uno de los interesados el que, percatándose del error (de concepto), solicite su rectificación una vez devuelto el documento. Siendo así, si el registrador no acepta la petición de rectificación, por considerar que no existe el error alegado, la cuestión se decidirá en juicio ordinario (art. 218 de la LH). Por el contrario, si el registrador reconoce su error, basta con que los interesados le presenten de nuevo el título ya inscrito, para que pueda practicar la rectificación solicitada (art. 219 de la LH, primera frase).

Como se comprueba, la exigencia de conformidad de todos los interesados, o de providencia judicial en su defecto, vendría a evitar que por la vía indirecta de la rectificación de errores pueda el registrador, en detrimento del titular, y aun a solicitud de quien figura como contraparte en el título inscrito, modificar el tenor de lo asentado.

4.2. ERROR EN EL DOCUMENTO

Por su parte, los errores sustanciales cometidos en la redacción de las escrituras, mandamientos u oficios que han accedido al Registro se solventarán presentando el documento debidamente salvado o un nuevo título (art. 219 de la LH, segunda frase), sin perjuicio siempre del derecho de los terceros que hubieran inscrito mientras tanto.



4.3. DISCORDANCIA

Finalmente, para una mejor comprensión, la discordancia registral ha de convenir en calificarse en positiva o negativa.

La discordancia es positiva cuando no se ha incorporado al Registro un determinado título, el cual, a su vez, puede consagrar una nueva relación jurídica o poner fin a alguna de las que se encuentran inscritas. De ordinario, la exactitud se obtendrá por la *inscripción* de ese título; *v. gr.*, de la nueva condición demanial que existe sobre el inmueble cada vez que fallece un titular registral [art. 40, letra a), 1.º de la LH].

La discordancia resulta, en cambio, negativa en los casos en que sobra alguno de los derechos que manifiesta el Registro, por haberse extinguido o declarado inválido. Aquí no estamos ante simples errores, materiales o formales, de la inscripción o el documento, sino ante una consecuencia directa de la extinción o invalidez del derecho asentado. En esta ocasión, para alcanzar la exactitud se requerirá de la *cancelación* del asiento, para lo cual, sabemos, se requiere del consentimiento del titular que por ella resultare perjudicado o del pertinente fallo judicial al respecto.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- Existen cinco tipos de asientos registrales: el de inscripción, el de cancelación, el de presentación, la anotación preventiva y la nota marginal, los cuales se clasifican según los siguientes criterios:

  – **Asientos principales y accesorios.** Son asientos principales los que manifiestan una mutación jurídica sobre un inmueble cuya publicidad requiere un tratamiento singularizado respecto a los demás que ya se encuentran registradas (inscripción, anotación, cancelación y asiento de presentación). Por el contrario, los asientos accesorios (notas marginales) complementan y concretan otros anteriores, de tal manera que la información que estos ofrezcan quede exactamente precisada.

  – **Asientos positivos y negativos.** La cancelación es el asiento negativo por excelencia, en cuanto su única finalidad es declarar la pérdida de vigencia de otro asiento anteriormente practicado. Mientras que el asiento de inscripción se encargaría de hacer oponible la situación jurídica que publica, la cancelación negaría la continuidad de su eficacia registral frente a terceros.

  – **Asientos temporales y definitivos.** Atendiendo a su duración, los asientos resultan temporales (anotaciones, asiento de presentación), si rigen durante un plazo determinado o determinable, o definitivos, cuando gozan, por principio, de una vigencia temporalmente ilimitada (inscripción, cancelación, nota marginal).

- El asiento de inscripción es el asiento por excelencia. Se despacha tras la calificación del documento por parte del registrador, lo cual lo distingue del asiento de presentación. De las anotaciones preventivas difiere en la naturaleza no precautoria, cautelar o transitoria del mismo acto o derecho publicado y de la cancelación en su alcance positivo. Por último, de las notas marginales varía en cuanto a la condición de asiento principal que ostenta.

  En cuanto a su contenido, en cada inscripción que se haga en el Registro se expresarán las siguientes circunstancias:

  – La descripción física de la finca (naturaleza, linderos, superficie, referencia catastral, etcétera).



- La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título.
- El derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.
- La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.
- La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.
- El título que se inscriba, su fecha, y el tribunal, juzgado, notario o funcionario que lo autorice.
- La fecha de presentación del título en el Registro y la de la inscripción.
- La firma del registrador, que implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado.

• El de presentación es el asiento encargado de dar inicial constancia de un título en el Registro, realizándose en el Libro Diario. Es un asiento esencialmente temporal, que rige en tanto en cuanto no se despache en relación con el mismo título un nuevo asiento, y ello con prescindencia de que ese nuevo asiento haya de retrotraer sus efectos a la fecha en que haya ingresado el documento. En otras palabras, siempre que el registrador califique un título, el asiento de presentación cederá su lugar al que practique como resultado.

• La anotación preventiva es un asiento de vigencia temporal limitada, con efectos menos amplios que los de las inscripciones, y destinado a enervar la eficacia de la fe pública registral que en otro caso se produciría en favor de terceros adquirentes. Su objeto son derechos y situaciones jurídicas que no son directamente inscribibles, bien por no constituir verdaderos y genuinos derechos reales o bien porque son situaciones puramente transitorias.

  Las anotaciones difieren de las inscripciones en virtud de las siguientes razones:

  - En primer lugar, las inscripciones se numeran correlativamente con guarismos y las anotaciones se ordenan mediante letras. En las primeras se expresa que el título queda inscrito y en las segundas que queda anotado.

– En segundo lugar, las inscripciones se practican en relación a derechos, a situaciones de ordinario perfeccionadas, consolidadas; las anotaciones, en cambio, constatan derechos o situaciones que no tienen este carácter por imperfecciones o particularidades del derecho o título.

– En tercer lugar, mientras que las inscripciones son asientos definitivos y permanentes, siendo su duración ilimitada, las anotaciones son asientos temporales que caducan o se convierten en inscripciones, cancelaciones, notas marginales e incluso en otras anotaciones.

De otro modo: la anotación preventiva tiene como tal asiento una situación llamada a desaparecer, en tránsito a otra a la que aspira.

- Siendo la primera a la que se refiere en su tasado elenco el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, a través de la anotación de demanda se declara la existencia de una contradicción sobre la titularidad y contenido que publica el Registro, anticipando en su registración la estimación de la pretensión judicial ejercitada.

  Con tal función, pues, puede solicitarse al juez que acuerde la anotación expidiendo el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad donde se lleve la publicidad del inmueble. Y podrá solicitarse tanto por el que ejercita una acción real como por el que actúa en virtud de un simple derecho personal, con tal de que en este segundo caso la eventual sentencia estimatoria conduzca a una modificación jurídico-real. La anotación de demanda no puede utilizarse, por tanto, cuando la sentencia estimatoria haya de traducirse en el pago de una cantidad de dinero, pretensión para lo cual se encontraría prevista justamente la anotación preventiva de embargo.

  En cuanto a los efectos de la anotación preventiva de demanda, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

  – En tanto se dicte sentencia, la anotación sirve de aviso a quienes deseen adquirir los bienes afectados por la anotación, de que su adquisición quedará subordinada a la misma. Como ocurre con el común de las anotaciones preventivas, la anotación de la demanda no impide que se disponga del bien anotado ni que se practiquen asientos posteriores (art. 71 de la LH).

  – Si se dicta sentencia estimando la demanda, la ejecutoria será título bastante para practicar el asiento que corresponda, cuyo contenido



habría sido precisamente anunciado por la anotación. La prioridad del derecho declarado en la sentencia será la de la presentación de la anotación de la demanda siempre que no se haya dejado esta caducar.

– Si la sentencia desestima la demanda, deberá cancelarse la anotación. La anotación se cancelará igualmente si el actor desiste de la demanda o deja caducar la instancia.

• En cuanto a la anotación preventiva de embargo, su fundamento radica en impedir que el deudor embargado disponga como libre del inmueble impidiendo que no existan bienes suficientes en su patrimonio al tiempo de ejecución.

La anotación de embargo, además, presenta para el anotante una segunda virtud, al conferirle preferencia para el cobro sobre el importe que se obtenga a raíz de la enajenación judicial del bien o derecho embargado, frente a los acreedores cuyos créditos sean de fecha posterior a la anotación (art. 44 de la LH en relación con el art. 1.923 del CC). Por la anotación, consecuentemente, el crédito quirografario pasaría a reputarse privilegiado respecto de estos otros créditos, aunque fuesen privilegiados.

Igualmente, la anotación no hace oponible el embargo frente a las adquisiciones de derechos reales convenidas con anterioridad. En esta dirección, es doctrina jurisprudencial consolidada que «el favorecido por la anotación, no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y solo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no están inscritos, ni atribuya por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes». El embargo solo podría tener por objeto, por tanto, aquellos bienes que sean de actual propiedad del embargado, lo cual sería coherente con los principios registrales, en cuanto el verdadero propietario al tiempo de trabarse el embargo tiene la carga de impugnar el dominio todavía declarado por el Registro en favor del embargado, para lo cual establecería el ordenamiento el expediente de la tercería de dominio.

• Frente a las anotaciones de demanda y de embargo, sometidas en su régimen, a partir del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, a la posibilidad de disponer del objeto anotado, la prohibición judicial de disponer anotada impide que se inscriban otros títulos voluntarios posteriores, los que se consideran, además, nulos de pleno Derecho por contravenir la prohibición.

- Como puede ser que el negocio jurídico haya sido convenido con fecha anterior a la propia anotación de la prohibición de disponer judicialmente adoptada, esto es, que el demandado en el juicio donde se haya resuelto esa medida cautelar haya dispuesto voluntariamente del bien cuando la anotación no constaba todavía en el Registro, la Dirección General permite que estos títulos anteriores a la anotación prohibitiva se inscriban pese a ella, alejándose de las pautas comunes que hacen al principio de prioridad registral.

- La nota marginal es el asiento que se practica, como indica su nombre, al margen de otro asiento, a los efectos de consignar determinados hechos, derechos, circunstancias, advertencias y referencias. Lo que la caracteriza jurídicamente de un modo general es cierta relación de dependencia, de accesoriedad con el asiento a cuyo margen se practica. Se trata de un asiento muy simple en su contenido y que sirve para enlazar unos asientos con otros, matizar el contenido publicado a través del asiento de que se trate o hasta darlo por extinguido, en aquellos pocos casos donde se prescribe que la cancelación no se haga a través del asiento homónimo sino de una nota marginal.

- En cuanto a la extinción, esto es a la pérdida de eficacia de los asientos registrales, deben tenerse en cuenta cuatro institutos: la caducidad, la cancelación, la inscripción de trasferencia y la conversión. La caducidad se funda en el transcurso del tiempo que se señala legalmente; la cancelación es el asiento específicamente previsto en la legislación para declarar la pérdida de vigencia de otro; la inscripción de transferencia supone la práctica de un nuevo asiento que deja inoperante el asiento de que se trate; finalmente, la conversión constituye la sustitución de un asiento por otro con aprovechamiento por parte de este de la prioridad de la anotación.

- La caducidad importa la ineficacia de un asiento registral por el mero transcurso de tiempo, razón que, por objetiva, posibilita que el registrador pueda observarla de oficio. La Ley Hipotecaria establece el instituto para el asiento de presentación y las anotaciones preventivas, por su carácter esencialmente temporal. Por principio, pues, no es causa de extinción de las inscripciones y las notas marginales. No obstante, en el título constitutivo de un título que haya de generar un asiento de inscripción, las partes pueden someter el derecho de que se trate (no siendo el de dominio, que no lo permite) a un plazo concreto de ejercicio. Para estos casos, el artículo 177 del Reglamento Hipotecario dispone que los asientos respectivos caducarán transcurridos cinco años desde su vencimiento, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.



El asiento de presentación caduca cuando transcurre su plazo de vigencia, normal o prorrogado, sin que se haya despachado el documento o tomado anotación preventiva por defectos subsanables. De practicarse el asiento solicitado, el asiento de presentación no caducará, sino que quedará cancelado por esa nota, análoga a la de despacho, que el registrador debe hacer constar al margen del asiento en el Libro Diario.

Para las anotaciones preventivas rige el plazo de cuatro años –a contar desde la misma anotación y no, como es el principio en Derecho registral, desde que se hayan presentado–, salvo que la ley establezca un plazo inferior para la modalidad de que se trate. Ejemplo de anotación preventiva con un lapso de duración inferior es la que se practique, a instancia del interesado, para la subsanación de los defectos advertidos en la calificación. Esta anotación por defectos subsanables o de suspensión caducará a los 60 días de su fecha, a reserva de que se prorrogue hasta 180 por justa causa y decisión judicial.

No obstante, las anotaciones preventivas de fuente judicial pueden prorrogarse por mandato de la autoridad que las hubiese decretado, por un plazo de cuatro años más, y siempre que el mandamiento ordenando la prórroga se presente en el Registro antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga, pudiendo practicarse sucesivas y ulteriores prórrogas en los mismos términos.

- La cancelación es el acto registral formal, expreso por el que se declara la extinción de un asiento registral previo bien por extinción del derecho referido en el cuerpo del asiento, bien por nulidad del título o del asiento. De ordinario supone un acto de inscripción en toda regla, practicado, pues, en la sección o parte central del folio, aunque en algunos casos la legislación dispone que la cancelación se practique a través de una nota marginal.

  La intangibilidad de los derechos inscritos evita que la cancelación pueda ser instada por persona distinta a su titular, si no se cuenta con disposición judicial que lo autorice o no se trata de una causa de extinción objetiva (como el transcurso del tiempo en el usufructo, por ejemplo). Desde una dimensión formal, por tanto, cuando el derecho a cancelar sea vitalicio, bastará con acompañar un certificado de defunción de quien había sido su titular. En el resto de los casos, se requiere de la presentación de escritura pública donde consienta la cancelación el titular del derecho extinguido. Si se niega a conceder su consentimiento, el interesado en la cancelación, por

ejemplo, el deudor hipotecario que hubiera satisfecho todas las obligaciones a su cargo, podrá exigírselo judicialmente, siendo la decisión judicial que en su caso se adopte el título para la cancelación.

- La ineficacia de un asiento registral se produce implícitamente cuando por otro asiento posterior se hace constar la transferencia del derecho que anoticiaba. Por la simple lectura del folio se verá cómo el asiento anterior que manifestara un titular distinto al que por el nuevo se consagra habría quedado derogado.

- En cuarto y último lugar, la conversión solo se prevé en relación con las anotaciones preventivas. Supone una operación que produce dos efectos distintos: un efecto positivo, la creación de un nuevo asiento, y un efecto negativo, la extinción de un asiento previo, como se dice, de anotación. Pero en lo formal se trata de un complejo constituido por dos elementos: uno antecedente, el estado registral primitivo, y otro subsecuente, el asiento final. Esto quiere decir que se practicará un solo asiento, cuya información se dividirá entre el elemento antecedente, en el que constan todos los datos relativos a la finca, al derecho o pretensión jurídica, al titular, etc., y el elemento subsecuente, en el que se incluyen los datos de referencia al antecedente y la expresión formal de quedar convertido.

  Así, la conversión cumple una importantísima función para la conservación de la prioridad cuando un interés jurídico, por su propia naturaleza (*v. gr.*, una medida cautelar) o defectos subsanables en el título donde se refiere, no resulta merecedor de una inscripción definitiva o del asiento que solicita, respectivamente. Ajustándose siempre a los requisitos temporales estrictamente fijados en la normativa, la conversión se trata de una fórmula, una ficción legal, que sirve para explicar lo que sucede cuando, siendo dos los asientos sucesivamente implicados, el segundo trae causa del primero, aquel supone la continuación lógica de la pretensión anunciada por este.

  En todo caso, la conversión no será posible si el título anunciado como muy probable por la anotación se presenta una vez caducada esta, en cuyo caso no se aprovechará el interesado de la prioridad derivada de la anotación, sino de la común derivada de la presentación de ese su título, definitivo o subsanado, en el Registro.

- Se entiende por inexactitud (de los asientos) del Registro «todo desacuerdo que, en orden a los derechos inscribibles, exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral» (art. 39 de la LH). El concepto es de tal amplitud que incluye circunstancias tan diversas como:



- Los errores cometidos por el registrador al detallar las circunstancias del título.
- Las equivocaciones del notario o funcionario autorizante en la redacción del documento.
- La discordancia entre el titular que figura en el título y, luego, en el asiento, y el que lo es en verdad.

• Hay error en el asiento cuando en su confección el registrador se hubiera apartado de lo que constaba en el documento presentado. Los errores se distinguen según sean materiales o de concepto. Los materiales se producen cuando se escriben unas palabras por otras, se cambia el nombre de los titulares o se omite alguna circunstancia, sin que por ello llegue a alterarse el sentido y contenido del asiento de que se trate. Son conceptuales, en cambio, los errores cuya comisión supone una variación del tenor del título.

En cuanto a la rectificación de esta clase de errores, de los errores en los asientos, puede tener lugar de oficio o a instancia de parte. En primer lugar, resulta posible que el registrador se percate del error en el mismo momento en que está redactando el asiento. En tal supuesto, se le permite subsanarlo sin extender otro asiento. En los casos en que el asiento ya se haya firmado, se precisará, en cambio, de la expedición de un nuevo asiento, sin que sea necesaria la previa solicitud de los interesados si el registrador se percata de su error, y este solo es material, antes de devolver el respectivo título calificado. Si es después, cualquiera de los interesados que advirtiere en la inscripción un error material podrá pedir su rectificación al registrador acompañando el título correspondiente.

Con respecto a los errores de concepto, el principio consiste en que no cabe la rectificación «sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, o una providencia judicial que lo ordene». En este sentido, es posible que el registrador no acepte la petición de rectificación, por considerar que no existe el error alegado, decidiéndose la cuestión en juicio ordinario. Por el contrario, si el registrador reconociere su error, bastará con que los interesados le presenten de nuevo el título ya inscrito, para que pueda practicar la rectificación.

• Por su parte, los errores sustanciales cometidos en la redacción de las escrituras, mandamientos u oficios que han accedido al Registro, se solventarán presentando el documento debidamente salvado o un nuevo título (art. 219 de la LH, segunda frase), sin perjuicio siempre del derecho de los terceros que hubieran inscrito mientras tanto.

- Finalmente, la discordancia registral puede ser positiva o negativa. Es positiva cuando no se ha incorporado al Registro un determinado título, el cual, a su vez, puede consagrar una nueva relación jurídica o poner fin a alguna de las que se encuentran inscritas. De ordinario, la exactitud se obtendrá por la inscripción de ese título.

  La discordancia resulta, en cambio, negativa en los casos en que sobra alguno de los derechos que manifiesta el Registro, por haberse extinguido o declarado inválido. Aquí no estamos ante simples errores, materiales o formales, de la inscripción o el documento, sino ante una consecuencia directa de la extinción o invalidez del derecho asentado. En esta ocasión, para alcanzar la exactitud se requerirá de la cancelación del asiento, para lo cual, sabemos, se requiere del consentimiento del titular que por ella resultare perjudicado o del pertinente fallo judicial al respecto.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Cita las cinco clases de asiento previstas en la legislación.

Enunciado 2

¿Es el de presentación un asiento temporal? De ser así, ¿cuándo caducaría?



Enunciado 3

¿Cuál es la forma de extinción común para todos los asientos registrales? ¿Y la exclusiva, según la normativa hipotecaria, de las anotaciones preventivas?

Enunciado 4

Si se anota demanda de nulidad acerca del título en que se basa el asiento de dominio del titular registral, ¿qué sucedería respecto del embargo que se hubiera anotado mientras tanto al presentarse en el Registro la sentencia que estime la demanda?

Enunciado 5

Si después de calificar un título, y antes de devolvérselo al interesado, comprobara haber cometido un error de concepto en el asiento despachado, ¿podría el registrador rectificarlo bajo su responsabilidad?

Solución 1

Son las siguientes: el asiento de presentación, el de inscripción, el de anotación preventiva, el de cancelación y las notas marginales.

Solución 2

Sí, por esencia. Precisamente por ello es un asiento caducable, caducidad que opera cuando transcurre su plazo de vigencia (como sabemos, de 60 días) o su prórroga, sin que se despache el documento o se tome anotación preventiva por defectos subsanables.

El asiento de presentación no caducará, sin embargo, si se practica el asiento solicitado, si se califica el título favorablemente, en cuyo caso quedará cancelado por la nota análoga a la de despacho que el registrador debe hacer constar al margen del asiento en el Libro Diario.

Solución 3

Es forma de extinción común para todos los asientos la cancelación. Resulta, en cambio, exclusiva para las anotaciones preventivas la conversión.

Solución 4

Pues que, en tanto no caducara la anotación de demanda, su conversión en el asiento de dominio resultante de la nulidad declarada significaría la cancelación del embargo por ser de rango posterior, rango que por la conversión se comunica por la anotación a la inscripción de dominio anunciada.

Solución 5

No sin antes obtener la conformidad de todos los interesados (art. 326 del RH).





EJERCICIOS VOLUNTARIOS

Tras el estudio de esta Unidad didáctica, el estudiante puede hacer, por su cuenta, una serie de ejercicios voluntarios, como los siguientes:

Enunciado 1

El 15 de octubre de 2006 se presenta demanda de juicio hipotecario contra el propietario de una finca.

El 14 de octubre se presenta en el Registro mandamiento relativo a una segunda anotación de embargo por causa de procedimiento ejecutivo ordinario iniciado por un distinto acreedor contra el propietario.

El 17 de febrero de 2008 se solicita del Registro la oportuna certificación de cargas con vistas a la subasta correspondiente al procedimiento hipotecario.

La subasta del inmueble tiene lugar el 12 de mayo, dictándose auto de adjudicación en favor del propio acreedor ejecutante el 20 de junio, y ordenándose en ese mismo auto la cancelación de la inscripción de la hipoteca base del procedimiento, así como de las inscripciones posteriores. El auto llega al Registro el 9 de septiembre, calificándose positivamente en todos sus extremos el día 19.

a) ¿Cuántos asientos registrales se refieren en el supuesto y de qué clase?
b) ¿Cuál de los asientos mencionados habría de mantenerse vigente al término exacto del relato? ¿Cómo se constataría en el folio la pérdida de vigencia del resto?

Enunciado 2

Por escritura pública de 25 de marzo de 2006, la promotora Cipsa vende el apartamento número 8 de la planta sexta del edificio Retamar a José. Pasados casi dos años, José vende el piso a Claudio, a quien se lo entrega. Ninguna de las escrituras se presenta en el Registro.

Por otro lado, el 19 de mayo de 2008 la promotora vende, por error, el mismo departamento a los cónyuges Francisco y María Teresa. Al percatarse de su equivocación, la promotora ofrece a los compradores el departamento número 8, pero de la planta séptima, del mismo edificio, sin corregir ni complementar en modo alguno la escritura. Los cónyuges, pese a ello, llevan el título tal y como está al Registro, inscribiéndose.

Sucede que el departamento número 8 de la planta séptima, que en el Registro sigue siendo titularidad de la promotora, es embargado al poco tiempo de transferirse a Francisco y María Teresa en trámite de juicio hipotecario seguido contra Cipsa.

¿Qué tipo de inexactitud se manifestaría en el supuesto?

Enunciado 3

Entre dos fincas vecinas existe constituida una servidumbre de paso que se encuentra inscrita en el Registro. Si el propietario del fundo sirviente adquiere a título de compraventa la propiedad del otro inmueble, ¿procederá la cancelación del asiento de servidumbre en la finca gravada?



Solución 1

a) En el caso se mencionan, de uno u otro modo, los siguientes asientos:

- Como asientos presupuestos del relato deben citarse el de la hipoteca que se ejecuta y el de dominio en favor del propietario ejecutado. Ambos son de inscripción.
- A continuación se despachan dos anotaciones preventivas de embargo en sendos procedimientos de ejecución.
- Por lo común, ni la solicitud de publicidad formal ni su expedición generan en los libros principales del Registro asiento alguno. Sin embargo, si la certificación que se solicita es con carácter previo a la subasta propia del procedimiento ejecutivo, de ella se dejará constancia a través de una nota al margen del asiento de la hipoteca en ejecución.
- La adjudicación del dominio en favor del acreedor supone un asiento de inscripción.
- Finalmente, se solicita la cancelación tanto de la hipoteca como de los asientos practicados con posterioridad. Estaríamos hablando, pues, de tres asientos de cancelación, uno en relación a la hipoteca y dos con respecto a las anotaciones preventivas de embargo.

b) De conformidad con el orden mantenido en la pregunta anterior, cabe hacer las siguientes y puntuales observaciones:

- El asiento de dominio en favor del propietario quedaría extinguido a raíz de la inscripción del auto de adjudicación; se reflejaría, entonces, una inscripción de transferencia.
- El asiento de la hipoteca se extinguiría, por cancelación, también con base en el auto judicial como título. Téngase en cuenta que la hipoteca se habría extinguido como consecuencia de su realización, de ahí que se solicite su cancelación.
- Las dos anotaciones de embargo quedarían extinguidas por cancelación conforme se ordena asimismo por el juez y por motivo de ser ambas de rango posterior.

- La nota marginal, al ser accesoria del asiento de la hipoteca, quedaría extinguida como consecuencia inmediata de la cancelación de la hipoteca.
- La adjudicación se encontraría plenamente vigente.
- Por lo dicho en las dos primeras observaciones, los asientos de cancelación relativos a la hipoteca y a las dos anotaciones se encontrarían plenamente vigentes; fíjese en que nos referimos a los asientos de cancelación y no a los asientos, uno de inscripción y dos de anotación, que para la hipoteca y los embargos vendrían a declararse ineficaces por la cancelación misma.

Solución 2

En el caso, no ha habido error alguno en el asiento, pues no se ha producido equivocación ni omisión alguna si se compara la redacción del asiento con el tenor, el contenido del título. Este es el que resulta inexacto, pues el departamento que se ha transmitido, y sigue bajo la titularidad registral de la promotora, no es el referido en el cuerpo de la escritura.

Así las cosas, la falta de inscripción del dominio transferido respecto del primer departamento junto a la falta de un nuevo otorgamiento para el segundo piso entregado en sustitución de aquel han venido a provocar una doble discordancia: el departamento propiedad de Claudio no está inscrito a su nombre, sino al de los cónyuges Francisco y María Teresa. A su vez, el departamento propiedad de los cónyuges sigue siendo titularidad registral de la promotora, lo que ha posibilitado la ulterior, e igualmente inexacta, anotación de embargo.

Sobre el supuesto, en todo caso, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9755).

Solución 3

En principio, pareciera que con la inscripción de la compraventa en el folio del fundo dominante bastaría para tener por ineficaz el asiento de la servidumbre en cuanto habrá operado la extinción de la servidumbre por consolidación. Se trataría, siendo así, de una inscripción de transferencia.



Sin embargo, siendo servidumbre predial, por más que se haga referencia de la servidumbre en el folio del fundo dominante y en los términos en los que se expresa el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, el asiento que cuenta y que publica la servidumbre frente a terceros es la inscripción del gravamen en el folio sirviente.

De la servidumbre, como se dice, puede haberse hecho referencia también en el fundo dominante, que es el que se adquiere en el caso. Pero, aun en tal caso, no habría inscripción de transferencia. Repárese en que la consulta del folio dominante –el que habrá adquirido el titular del fundo sirviente– no conducirá necesariamente a la conclusión de que la servidumbre se ha extinguido. Y ello por cuanto siempre es posible que el fundo sirviente se haya transmitido a un tercero antes de que quien habría sido su propietario adquiera el dominante. En otras palabras: que el propietario que del fundo sirviente se refiera en el asiento de la servidumbre practicado en el folio del fundo dominante sea la misma persona que aparezca como propietario luego en ese mismo folio no conlleva por sí mismo (como ocurre con la inscripción de transferencia del dominio) que siga siéndolo del fundo gravado.

La cancelación del asiento de la servidumbre será precisa, entonces, para mayor claridad de la publicidad registral y si no se desea que la servidumbre pueda «revivir» en favor del tercero que adquiera el que, hasta la extinción de la servidumbre, habría sido fundo dominante. Por virtud del artículo 190 del Reglamento Hipotecario, el registrador no podrá proceder de oficio, cancelar la servidumbre si el propietario (ahora de ambos fundos) no se lo pide expresamente, sin poderse entender que la voluntad cancelatoria se encuentra implícita en el tenor del título adquisitivo que se le presenta.

Pero es que, además, si de «reviviscencia» hablamos, puede ser este el interés del propietario único de cara a la transmisión que pudiera autorizar del «fundo sirviente» más adelante.

Téngase en cuenta que aun extinguido el derecho real de servidumbre, por la causa legal y, por tanto, objetiva, que implica la reunión en una misma persona de ambas propiedades, puede ocurrir, «y de hecho será lo normal en las aparentes, que todos los elementos que como aparato externo configuraban la servidumbre (veredas o caminos de paso, huecos y ventanas para luces o vistas, acueductos o conducciones de aguas, etcétera), se conserven intactos y sean utilizados en igual medida que hasta entonces lo fueron» (Rodríguez López). Esta supervivencia material de la servidumbre, mejor dicho, del servicio que una finca presta a otra, tendrá capital importancia ante la ulterior enajenación de alguna de las fincas, momento en que, si nada se dice en ese título, la servidumbre «revivirá» por destino de padre de familia (art. 541 del CC).

Es así, que, pese a la reunión o confusión, la no cancelación registral de la servidumbre puede representar para el propietario la utilidad de no tener que volver a formalizar la servidumbre una vez enajenada la finca sirviente a tercero.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

CAPÓ BONNAFOUS, G.: «Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho hipotecario español», en J. Gómez Gálligo (coord.), *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2009, págs. 2.579 y ss.

CHICO Y ORTIZ, J. M.ª: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, 2 tt., Madrid, Marcial Pons, 2000.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. III, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Derecho inmobiliario registral*, t. III bis, Barcelona, Bosch, 1984.

PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.: «Notas para una teoría general sobre la extinción de los asientos registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 497, 1973, págs. 811 y ss.

ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch (varios tomos y ediciones).

Avanzada

CAMPUZANO Y HORMA, F.: *Elementos de Derecho hipotecario*, 2 tt., Madrid, Reus, 1931.

CANO TELLO, C. A.: *Manual de Derecho hipotecario*, Madrid, Civitas, 1992.

FAUDOS PONS, P. y GÓMEZ VALLE, M. B. et ál.: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, Atelier, 2008.

PAU PEDRÓN, A.: *Curso de práctica registral*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1995.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Madrid, Hesperia, 1981.

SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *Manual de Derecho inmobiliario registral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.